

建物サブリース契約と借地借家法三二条の適用

松岡久和

目次

- 一 はじめに
- 二 最高裁判平成一五年一〇月判決以前の議論
 - 1 考察の方法
 - 2 問題処理の類型化
 - (1) 対象裁判例
 - (2) 類型化
 - 3 裁判例における傾向
 - 4 類型の収束と中心的な対立点
 - (1) 類型の収束
 - (2) 議論の中心的な対立点
 - 5 単純適用説の論理と問題点
 - 6 修正適用説の論理と問題点
 - 7 借地借家法三二条の立法趣旨と性格
 - (1) 立法の沿革と趣旨
 - (2) 借地借家法三二条の性格
 - 8 適用否定説の論理と問題点
 - (1) 非典型契約説
 - (2) 担保給付説
 - (3) 市場修正機能説

9 私見——小括を兼ねて

(1) 基本的な視点

(2) 借地借家法三二条の趣旨と強行規定性

(3) サブリース契約の特性と賃料保証特約

(4) 賃料保証特約を欠く場合

三 最高裁判成—五年一〇月判決の意義

1 最高裁判決の概要

(1) 最一小判平成—五年一〇月二二日金判二—七七号四頁

(2) 最一小判平成—五年一〇月二二日金判二—七七号一〇頁

(3) 最一小判平成—五年一〇月二三日裁時二—三五〇号六頁

2 最高裁判決の意義

(1) 問題処理枠組みの選択

(2) 三二条の具体的適用

四 おわりに

一 は じ め に

一九八〇年代後半のバブル経済の時期に、サブリース契約と呼ばれる新たな取引形態が登場した。典型的なもの、「企業が保有している不動産の有効活用の一環として、地上にオフィスビルを建て、これを不動産会社が一括して借り上げて、オフィスとして転貸する」もので、「その際、賃借人となった不動産会社は、賃貸借契約の中で、空室保証、賃料保証といった形で一定額の賃料収入をビル所有者に保証し、さらに地価上昇を見込んだ賃料自動値上げ条項を入れたりした」契約である^①。

サブリース契約が裁判例を賑わすに至ったのは、一九九〇年代に入ってからである^②。バブル経済の崩壊と不動産価格の下落から、景気も低迷しオフィスビル需要が縮小し、空き室が目立ちだしたほか、賃料水準も下がった。現在もなおその傾向は続いており、東京・大阪などの大都市圏では、オフィスビル需要が最低となつて業界の危機が生じるのでは

ないかという「二〇〇三年問題」がささやかれた。こうした状況では、賃料と転賃料の差額が縮小し、場合によっては、転賃料が賃料より安い逆ざやすら生じた。サブリース業者（以下、「業者」と略す）は、収益が大幅に縮小したり、長期間にわたり赤字を生み出すため、サブリース契約にも借地借家法三二条（以下、見出し以外では、法律名を省き三二条と略記する）の適用があるとして、賃料額の減額を求めたり減額した賃料しか支払わず、逆に、土地・建物の所有者は特約どおりの賃料額の支払いを求め、という紛争が生じた。^③

裁判例では当初三二条の適用を肯定して賃料減額を認めるものが多かったが、その後は、同条の適用を認めながら減額請求を信義則違反として否定したものや、減額分を賃料水準の下落幅より相当小さくする裁判例も目立つようになり、さらには様々な構成をとっておよそ同条の適用を否定して減額請求を一切認めないものが増えてきた。^④ 学説では、裁判例の登場を契機に、賃料減額請求を中心とする議論が展開した。ここでは当初、三二条の適用否定説が強く主張されたが、その後、適用肯定説からの反論が登場し、さらに非常に多様な見解が主張されるに至っている。^⑤

こうしたなか、最高裁は、平成一五年一〇月二二日に第三小法廷で二件、同月二三日に第一小法廷で一件、中心部分においては同趣旨の判決を出した。^⑥ 本稿は、この最高裁判決以前の錯綜した議論を整理して考察を加え、これを踏まえて、最高裁判決の位置づけと差戻後の議論の方向性を論じるものである。^⑦

① 内田貴『民法Ⅱ債権各論』（一九九七年）二〇三頁。この引用前半部分に見られる説明のうち、「転賃を予定した一括借り上げ」という部分がサブリース契約の最小限の定義であり、引用部分後半の空室保証、賃料保証、賃料自動増額改定特約や、共同事業性、複合契約性などは、必ずしも不可欠の要素とはいえない。本論で述べるように、どのような契約内容を想定してサブリース契約を語っているかは、論者によって差異があり、注意を要する。本稿では、とりあえず、右の最小限の定義でサブリース契約という言葉を用いることにする。

② 一九九〇年代半ばに下級審に紛争事例が多数登場するに至るまでは、問題の所在さえ知られていなかった。例えば、最も浩瀚な文献である幾代通「広中俊雄編『新版注釈民法(6)増補版』（一九九六年）」には、まだサブリース契約に関する記述は見あたらない。

③ 金融法務事情編集部「サブリースの法的問題点」金法一五三三号二九頁（一九九八年）や、澤野順彦ほか「座談会」サブリースをめぐる法的諸

⑥ 詳しくは三で述べる①―③判決。これらの判決以前に、最一小決平成一四年九月二日（未公刊。清水③（下）三三頁と升永五二〇頁に全文が掲載されている）があり、升永英俊「サブリース契約と賃料減額請求の可否」金法一六五五号一頁（二〇〇二年）や一部の新聞報道では、最高裁が借地借家法不適用を認めたとの評価もあったが、同判決は、上告不受理決定であって、実体的判断を含んでいない。

⑦ 本稿は、当初、民法入門のための素材として簡単にこの問題を論じた松岡久和「建物サブリース契約」法教二七三三号二二頁（二〇〇三年）の詳細版として準備したが、平成一五年一〇月の三つの最高裁判決の登場により、後半を書き直したものである。

二 最高裁平成一五年一〇月判決以前の議論

1 考察の方法

裁判例の用いる理論構成には様々なものがあり、学説も論争を経て非常に多様化し、論点は複雑多岐にわたる。個々の裁判例・学説の要約的な紹介から始めるのは、どうしても細かな相違に目を奪われて議論を拡散させることになりがちである。しかも、すでに詳細な分析・検討がなされているので、そのような作業の繰り返しは煩に耐えないし意義も乏しいだろう。「ほとんど考えられる全ての見解が出そろったと思われる」^⑧現在の段階では、むしろ、共通する部分を大づかみに取り出し、最も重要と思われる対立点を明らかにして、今後の議論を進めるための拠点を確保する方が生産的であろう。そこで、具体的には、これまでの議論の中心であった業者の減額請求の可否に問題を絞って、裁判例・学説の問題処理の方法を類型化し、そこから何が取り出せるかを考察する。そのうえで、議論を整理して収斂させる方向に持って行きたい。

2 問題処理の類型化

(1) 対象裁判例

裁判における問題処理の方法を、学説の提言も含めて、類型化してみる。その際、対象とした裁判例は、次頁の別表1の二五件である（以下では、その番号で裁判例を指示する）。原則として、公判裁判例で減額請求につき実質判断をしているものをすべて取りあげ、清水①・中野が取りあげているもののうち、減額請求に直接関係しないものは除外した^⑩。また、未公判だが、清水③が事案と判旨を紹介している⑫を加えた。なお、⑫は、業者からの減額の主張が三二条の減額請求権を行使したものではない、として請求を棄却し実質判断を避けたものであるが、そのような対応自体が評価の対象となりうると考えて、取りあげることにした。^⑪

(2) 類型化

問題処理の方法は、減額請求を認めるものから制約を設けるものを経て否定に至るものまで、次のI～Vの五類型にまとめることができよう（実質判断を行わなかった⑬は、「VI その他」とした）。後のものほど減額請求の制約・否定の度合いが高くなる。この段階であえて「説」と表現しなかったのは、最高裁判成一五年一〇月判決による問題処理枠組みの統一以前には、下級審裁判所は、具体的に解決を迫られた事件について様々な問題処理枠組みを模索しており、学説とは異なると考えるからである。

I 借地借家法三二条単純適用処理。サブリース契約も建物の使用・収益とその対価の支払いという賃貸借契約の中核となる要素（民法六〇一条）を備えている以上、賃貸借契約であり、強行規定としての三二条が適用される。その際、いままでの判例法理で形成されてきた基準に照らして減額の可否を判断すれば十分で、賃料保証特約の存在や転賃料に

別表1

No.	裁判所と年月日	掲載紙	類型	賃料保証	増額請求	審級関係	備考
①	東京地判平 7・ 1・24	判タ890号250頁	Ⅳ	有	○		収益保証
②	東京地決平 7・10・30	判タ898号242頁	Ⅱ	無	—		
③	東京地判平 8・ 3・26	判時1579号110頁	Ⅳ	有	×		
④	東京地判平 8・ 6・13	判時1595号87頁	Ⅱ	無	×	→⑫	
⑤	東京地判平 8・10・28	判時1595号39頁	Ⅱ	有	—		
⑥	東京地判平 9・ 6・10	判時1637号59頁	Ⅱ	無	×	→⑪	
⑦	東京地判平10・ 2・26	判時1661号102頁	Ⅱ	無	—	→⑬	賃料保証撤回
⑧	東京地判平10・ 3・23	判時1670号37頁	ⅢⅤ	有	—		
⑨	東京地判平10・ 8・28	判時1654号23頁	Ⅴ	有	○	→⑰→④	
⑩	東京地判平10・10・30	判時1660号65頁	Ⅴ	有	○	→⑱→②	
⑪	東京高判平10・12・ 3	金法1537号55頁	Ⅱ	無	×	←⑥	
⑫	東京高判平10・12・25	金判1071号43頁	Ⅱ	無	×	←④	
⑬	東京地判平11・ 2・23	金判1071号36頁	Ⅱ	無	—	←⑦	賃料保証撤回
⑭	東京地判平11・ 4・20	判タ1105号75頁	Ⅴ	有	—		
⑮	東京地判平11・ 7・26	判タ1018号267頁	Ⅱ	有	—	→⑳	
⑯	東京高判平11・10・27	判時1697号59頁	Ⅱ	有	×	←⑩→②	
⑰	東京高判平12・ 1・25	判タ1020号157頁	Ⅴ	有	×	←⑨→①	
⑱	東京地判平12・ 6・23	金法1610号99頁	Ⅱ	有	—		
⑲	東京地判平12・ 6・27	金判1118号37頁	Ⅰ	無	—	→㉑	
㉑	東京高判平12・11・ 2	金判1118号34頁	Ⅰ	無	—	←⑲	傍論でⅤ
㉒	東京高判平13・ 3・28	判タ1068号212頁	Ⅵ	有	—	←⑮	減額請求なし
㉓	東京地判平13・ 6・20	判時1774号63頁	Ⅳ	有	—	→㉔→③	
㉔	東京高判平14・ 3・ 5	判時1776号71頁	Ⅴ	有	—	←㉓→③	
㉕	東京地判平14・ 7・16	金法1673号54頁	Ⅱ	無	—		
㉖	東京地判平15・ 3・31	判時1165号27頁	Ⅳ	無	○		確定額合意

Ⅰ型：減額請求単純認容，Ⅱ型：減額請求圧縮認容，Ⅲ型：信義則等による減額請求棄却，
Ⅳ型：不相当性要件不充足を理由とする減額請求棄却，Ⅴ型：32条不適用による減額請求棄却，
Ⅵ型：その他

* 1 紙幅節約のため掲載紙は1紙のみとした。

* 2 審級関係の個所の「→」「←」は、その後の数字が控訴審や原審の番号を指す。

* 3 増額請求の○は認容，×は棄却，—は増額請求がされていないことを示す。

比べて賃料が低く設定されていることなどは問題にならないとする。道垣内三三頁、岡内一四一―一五頁、奈良(下)七三―七四頁、近江九二―一〇一頁がこのような見解を主張する¹³⁾。裁判例で明確にこの処理を選択するものは見当たらず、同一事件の第一審と第二審である¹⁴⁾¹⁵⁾の評価は微妙である。事案は、市街化再開発事業における権利変換によって地権者が取得した土地・建物の共有持分が契約の対象となったものであり、業者が他の地権者の共有持分も一括して転賃目的で借り上げている点では、サブリース契約の最小限の要素を含んでいるが、当該貸主に限って言えば、単に転賃目的の持分賃貸借とも言いうる。しかも、賃料の据置保証・最低保証や自動増額の特約がなく、逆に賃料について協議更迭新条項が入っているなど、契約期間が二〇年と長期にわたる点以外は、他の事件で見られるようなサブリース契約特有の事情が何も認定されていない。たしかに、¹⁶⁾は、本件契約をサブリース契約としているから、そこで採用された鑑定(この中身は判決文からはわからない)がサブリース契約に特有の事情を考慮しているのであれば、¹⁷⁾はⅡ型に分類されるだろう。しかし、そのような特殊性は何も認定されていないため、¹⁸⁾も通常の賃貸借における判断と同様の処理をした可能性が高い。これに対して、¹⁹⁾は、本件契約は保険的な性格を有する賃料保証特約を伴わないから、サブリース契約でないと明確に判示している。そこで、この両判決は、別表1では、とりあえずⅠ型に分類した。

Ⅱ 借地借家法三二条内の処理。同条が当然適用されるとする点ではⅠ型と共通するが、同条の枠内でサブリース契約の特殊性を含む諸般の事情を考慮し、減額幅を小さくする点に特色がある。裁判例の半数近くが採用するもので、学説では、中村一三五頁がこのような考え方のようである。また、再交渉義務論を念頭においた調停制度の活用という異質の視点が含まれているが、北山一五六頁もこのような処理を推奨している。

Ⅲ 一般条項による修正・否定処理。三二条の適用では、条文に忠実に法定要件のみを考慮する。そのうえで、サブリース契約の特殊性のみならず、不法行為や契約締結上の過失責任が問題になりうる契約締結時の不当勧誘の要素をも広く取り込んで、信義則・権利濫用という一般条項により、減額幅を縮小する。考慮要因が広がるほか、賃料額が不相

当になつたことを認めたくえで、減額請求を否定することもできる点でも、Ⅱ型より減額請求に対する制約の度合いは強い。⑧は、三二条不適用が事柄の実質に即しているとしつつ、同条の適用を一応肯定したとしても減額請求は信義則違反であるとして退けている。学説では、清水①（下）五四―五六頁、清水②（下）三四頁、清水③（下）三二頁が、明確にこの旨を主張し、升田二六―二七頁も基本的には同旨と考えられる。

Ⅳ 借地借家法三二条の適用を一般的には肯定するものの、サブリース契約の特殊性を理由に「借賃が…：不相当となつたとき」という要件（以下、「不相当性要件」と略す）の充足を否定することで結局は減額請求を否定する処理。②が明らかにこの手法を取るほか、初期の裁判例で明確ではないが、①③もここに含めることが可能であろう。学説では、加藤（上）二六頁や座談会四五・四七・四九頁「山野目章夫発言」がこの見解に属すると思われる。

Ⅴ 借地借家法三二条が適用されない場合を定型的に認める処理。学説は、同条が適用されない理由づけで、さらに分岐する。詳細は⑧で検討するので、概要だけを述べれば、サブリース契約が賃貸借契約ではないとする理由付けを採るものとして、澤野四七四―四七七頁、内田六〇―六一頁、野村三七六―三七七頁、下森①一七―二二頁、下森②（一）八―一二頁、（二）五〇―五一頁がある。平井七一七―七八頁や鈴木九〇―九五頁は、サブリース契約が賃貸借性を有することは否定しないが、その特徴からみて典型的な賃貸借契約ではなく、三二条は適用されないとし、藤井五二頁は鈴木を援用しつつ、より一般的に社会的弱者でない業者が賃借人である場合には、三二条の保護は不要だとする。金山（三）一七―一九頁は、賃料保証は担保給付であつて賃料支払約束そのものではなく、三二条は適用されない。仮に同条が適用されて賃料が減額されても、保証約束の実行によつて下落分が補填される、と説明する。吉田三四五―三四八頁は、賃料保証特約や賃料自動改定特約など当事者の市場的決定があり、賃借人保護の要請も働かないところで三二条の類推適用による市場修正機能の發揮は原則として認めるべきでない、とする。¹⁴ 裁判例でも、事業委託の無名契約であることを理由とする⑦のほかは、当該サブリース契約の特殊性を理由に同条の規律の対象外であるとするもの

が多い(9)(10)(14)。(8)は、Ⅲ型の処理と併用。(20)は傍論だが保証約束の保険的機能を指摘し金山説の影響を感じさせる。(23)は、賃貸人が自由に解約できる場合には、解約制限と裏腹の関係にある賃料規制も適用されないとする独特な理由付けをする。

3 裁判例における傾向

サブリース契約に三二条が適用されるか否かという観点で別表1の裁判例を眺めると、ⅠⅠⅣ型とⅤ型の処理が対立し、(2)を除く二四裁判例中、三二条不適用裁判例(Ⅴ型の処理を採用するもの)は(8)を含めても五例にすぎず、三二条適用裁判例が一五例である。しかし、このことから、裁判例は減額請求を肯定するものがなお主流を占める、という結論を引き出すのは、相当にミスリーディングであり注意を要する。

すなわち、紛争処理の結果という観点から見ると、裁判例の傾向像は一変する。

第一に、前述のように(19)(20)はサブリース契約か否かすら微妙な事例であり、これを除くと、サブリース契約の特殊性を考慮しないⅠ型の処理を明確に採る裁判例は存在しない。程度の差こそあれ、サブリース契約の特殊性が考慮され、「単純適用説は、裁判所によって基本的には排斥されている考え方と評価することができる」⁽¹⁵⁾。

第二に、この二五例(同一事件の一審・二審が八例あるので事例としては一七例)の対象となっているサブリース契約は、業者による転貸を当初から予定した一括借り上げであるという最小限の共通性を有しているものの、契約内容や関連事情は、きわめて多様である。例えば、契約期間は、長いものが多いが、二〇年(2)(6)Ⅱ(11)(7)Ⅲ(13)(10)Ⅳ(16)(15)Ⅴ(21)(18)(19)Ⅵ(24)(25)、一五年(9)Ⅶ(17)、一二年(1)(11)、一〇年(4)Ⅷ(12)(5)(8)(14)(22)Ⅱ(23)、四年(3)と様々である。また、対象となるビルはサブリース契約を締結する前提で新築した事例が多いが、既存のビルを対象とする契約の事例もある(3)。(2)(5)は新築か否か不明)。所有者は単独所有の例が一〇例と過半を占めるが、共有持分を他の持分権者と共に一括して貸し渡している事例も七例と少なくない(3)(5)(6)Ⅱ(11)(14)(19)Ⅲ(24)(22)Ⅳ(23)(24)。賃料についても自動増額改定特約(1)(3)(4)(5)(6)Ⅱ(11)

㉑㉒㉓㉔)や賃料保証特約(後述第四参照)があるものとなないものがある。当事者の専門性の有無と程度、当事者の社会的・経済的力関係、契約の交渉時の業者の関与の程度や勧誘の態様、約定賃料を支払っているか一方的に主張した減額後の賃料のみを支払っているかなどの契約後の行動、減額をめぐる交渉の有無や態度、契約時と減額請求時の間隔などは、事例毎に様々であり、全体が一七例と少ないので、類型的な整理はできない。

第三に、法的構成はⅢⅣⅤ型と異なる類型に属するが、一〇例が減額請求を退けている(①③⑧⑨⑩⑭⑰⑲⑳㉑㉒㉓㉔)。さらに、減額請求権の行使がなかったとした㉕は、「見方を変えれば、法律問題を避けて事実認定に絞ったことによつて上告される可能性を潰した安全無比の控訴審判決になったとも言える」^⑰。つまり、㉕は、最も強固に減額請求を否定した判断だとも考えられるのである。これを加えると、減額請求を退けた裁判例が地裁・高裁とも半数近く存在する点が重要である。

第四に、減額請求を排斥した右の一一例においては、㉖を除き、いずれも賃料保証特約の存在が認定されている(ただし㉗は収益保証条項との認定)。㉘も、賃料保証特約とは表現していないが、判旨は結果的に確定額保証特約を認めていると解される。^⑱逆に、それが認定されなかった一一例(②④⑤⑥⑦⑪⑫⑬⑭⑮⑯㉑㉒㉓㉔)では、減額請求を否定したものが存在しない。賃料保証特約の存在を認定しながら、減額請求を肯定したものは、⑤⑩⑫⑬⑭の四例である。このうち、⑤⑩⑫⑬の三例では、減額幅は、合意賃料と適正賃料との差額の三割か三分の一と、賃料保証特約のない残りの一一例に比べて非常に小さい。このことから、サブリース契約の特殊性を示す種々の要素の中では、賃料保証特約の存在が減額請求の可否と程度に最も影響を及ぼしていることがわかる。これに対して、その他の要素は、裁判例においては、減額請求の可否にこれほど決定的な影響を与えていない。^⑲

第五に、第二で指摘したように、賃料保証特約以外の要素は多様であり、どの事情がどれだけ考慮されているかを明らかにすることはできない。しかし、これらの要素は、場合によって三二条の法定要件ではカバーされない内容を持ち、

かつ、Ⅱ型の処理をする裁判例でも、鑑定による適正賃料額より高い相当賃料額を認め、減額幅を通常の適用の場合と比べて圧縮している。すなわち、要件・効果の双方の点で、裁判例は、三二条を単純に適用するのではなく、サブリース契約の特殊性を反映した修正を行って三二条を適用している、と解される。なお、サブリース契約にも三二条が適用されることを前提とするから、修正適用と呼ぶ。同条がサブリース契約には直ちに適用されないことを前提とする考え方は、類推適用と呼ぶ。もつとも修正適用と類推適用の内容に有意の差があるようには思われなため、名称にこだわる必要はないだろう。

第六に、裁判は、あくまで当該事案の妥当な解決を目的としているから、そこで用いられる法的構成は、個別具体的な事案の特性や当事者の主張によって左右される。そして第二で指摘したように、各事案の個性は非常に多様である。この点で、事案を超えて普遍的に妥当する法的構成の確立をめざしている学説の場合とはいささか異なる観察が必要である。減額請求を肯定した事例の裁判官であっても、別の事案では（とりわけ賃料保証特約が存在する場合には）別の構成を採って減額請求を否定するかもしれない。たとえば、[㊦](#)は、当該事案はサブリース契約ではないとしてかなりの額の減額を認めているが、傍論で、賃料保証特約がある場合には三二条の適用が排除されると明言する。逆に、減額請求を否定した事例の裁判官であっても、事案が違えば減額請求をかなり大幅に認めるかもしれないのである。たとえば、Ⅲ型の処理では、同じ構成を採っても、信義則違反が一定の程度に達しなければ、減額請求は認められる。このように、一般的にはサブリース契約にも三二条が（修正）適用されるという判断と、賃料保証特約が存在すれば同条が適用されないという判断は、両立しうるのである。

以上の六点を総合すると次のように裁判例の傾向をまとめることができよう。裁判例の法的処理のⅡ～Ⅴ型は、全体としてみれば、相互に対立するというよりも、事案の個性に応じて分岐している。そして、いずれの裁判例も、サブリース契約の特殊性を反映した判断を行っており、三二条は適用される場合であっても、Ⅰ型の単純適用処理ではなく、

修正適用されている。さらに賃料保証特約の存在が認定されれば、同条の修正適用は、実質的には否定される傾向が強い。

4 類型の収束と議論の中心的な対立点

(1) 類型の収束

前節では、裁判例の傾向を分析するため処理類型を細分化し、Ⅱ～Ⅵ型の処理が全体としてなだらかな段階状に存在しているとみた。しかし、法的構成の論理のレベルでは、これらの処理は相当に異なる。今度は、相互の違いを鮮明にして、中心的な対立点を強調するため、この六つの類型を三二条の適用の仕方という観点で、Ⅰ型（単純適用説）、Ⅱ～Ⅳ型（修正適用説）、Ⅴ型（適用否定説）の三つに収束して考える。なお、結論の一部を先取りしていえば、Ⅱ～Ⅳ型の処理の大半は同条を適用しているのであって、修正適用説という名称を用いるのは、いささかミスリーディングである。しかし、同条には含みえないような事情まで考慮する裁判例が存在すること、信義則等による修正だと明言するⅢ型の処理との連続性を考える必要があること、Ⅰ型の単純適用説と明確に対比する必要があること等に鑑み、とりあえず便宜上、修正適用説と呼ぶことにする。

減額請求権が行使されたか否かの事実認定レベルで決着をつけたⅥ型の処理は、具体的事案に密着した解決であって、理論的な普遍性に欠ける。この判断は、減額請求権があることを論理的前提としているため、仮に業者が裁判上でも減額請求の意思表示を行えば、おそらくⅡ～Ⅳ型のいずれかの対応を行うことになる。Ⅳ型は、たしかにⅠ型の処理とも矛盾するわけではないが、Ⅰ型のように三二条の強行規定性を強調するならば、減額請求権行使の意思は、もつと緩やかに認定されていたであろう。したがって、Ⅵ型はⅠ型よりもⅡ～Ⅳ型に親和性があり、後者に吸収して考えてよいと思われる。

Ⅱ型の処理ではたしかに減額請求の否定は難しいようにも思われるが、その論理は一般条項の適用を否定するわけではないし、一定の場合には不相当性要件が充たされないとして減額請求を棄却するⅣ型の処理を排除するものでもない。この意味で、ⅡⅣ型とⅢ型は、三二条の適用の形に拘るかより広く一般条項に依拠するかに違いがあるだけで、実質的には、サブリースの特殊性を考慮して、三二条を修正適用する点で共通している。

(2) 議論の中心的な対立点

まず、Ⅰ型の処理とⅡⅣ型・Ⅴ型の処理は、サブリース契約の特殊性を考慮するか否かで異なる²⁰⁾。次に、Ⅰ型・ⅡⅣ型の処理とⅤ型の処理は、三二条が定型的に排除される場合があることを認めるか否かで異なる。およそサブリース契約の特殊性を考慮しないⅠ型の処理はもとより、同条の(修正)適用を認めるⅡⅣ型の論理では、減額請求を否定する結論を採った事案についても、時間の経過によって、その後新たな減額請求を認める余地があるのに対し、Ⅴ型の処理では、一般的な事情変更の原則が適用されるほどその後事態が激変しない限り、当該サブリース契約では、およそ減額請求は認められない。また、同一事件でも、㊦と㊧のように減額請求が可能か否かで差が出る。要するに、三二条の適用が定型的に排除される根拠と要件は何であり、そのような定型的適用排除は妥当か、という点が中心的な争点とみうる。次節以下では、この対立点を順次取りあげて考察を進める。

5 単純適用説の論理と問題点

2(1)ですでにみたように、単純適用説は、サブリース契約も建物の使用・収益とその対価の支払いという賃貸借契約の中核となる要素(民法六〇一条)を備えている以上、賃貸借契約であり、強行規定としての三二条が適用される、という論理を中核としている。この考え方は、法規定の適用の有無が明確で法律関係の安定と予測可能性の確保に資する

し、論争の中で典型契約を定める意義を再認識させた点で重要な寄与をした。しかしながら、次に述べるような難点があり、この考え方に従うことはできない。なお、三二条の強行規定性の問題は、修正適用説と適用否定説の中心的な対立点でもあるので後に譲り、ここでは、典型契約に関する論点に絞って考察する。

第一に、サブリース契約に賃貸借的要素が含まれ、サブリース契約に民法や借地借家法の規定が適用ないし類推適用されるべき場合があることには、適用否定説の論者を含めて、異論はない。このことは、サブリース契約が賃貸借契約ではないとする主張に対する批判とはなりえても（それも決定的ではないが）、サブリース契約が賃貸借契約の要素を含むから、およそ賃貸借契約に関する強行規定はすべて当然に適用されなければならないとか、サブリース契約の特殊性を（少なくとも強行規定に関しては）考慮すべきでない、ということにはならない。強行規定が適用されない場合を安易に認めると、たしかに脱法行為のおそれがある。しかし、市場メカニズムに裏打ちされた契約自由の原則や「契約は守られるべし」という考え方が基本に据えられるべきであって、こうした基本を制約する強行規定がなぜ必要とされ、その射程がどこまで及んでいるのかが、脱法行為を問題にする前提として論じられなければならない。単純適用説には、この点の論証が足りない。

第二に、サブリース契約の特殊性を考慮すべきでないとする点は、あきらかに不当である。何がサブリース契約の特殊性でそれをどの程度どういう形で考慮するかについて争いがあるのはたしかだが、ほとんどすべての裁判例が、法的判断に影響を与える特殊性を認めている。また、事業用ビルの賃貸借契約が賃貸人の更新拒絶により終了しても、賃貸人は信義則上その終了を再転借人に対抗することができない旨を判示した最一小判平成一四年三月二八日民集五六卷三号六六二頁も、サブリース契約の事例につき、信義則によるとはいえ、強行規定である借地借家法二八条・三四条による処理とは異なる判断を示している。こうした判断に反対して強く典型契約と強行規定の枠をはめるべきだとする論拠は、脱法行為の危惧以外には見当たらない。

第三に、金山（1）三三―三五頁、（3）一三―一四頁が指摘するように、単純適用説が主張する典型契約論や強行規定論は、判例・学説の共通の認識とはなっていない。のみならず、「この見解は、社会において生成してくる新しい契約類型を国家法が定めた典型契約と強行規定の枠に閉じこめようと」し、「市場において当事者が必要に応じて新たな取引類型を制度設計する自由を大幅に制限する」（吉田三三九頁）プロクルステスのベッドとなる危惧を抱かせる。具体的には、サブリース契約に独自の規律を發展させ、サブリース契約が新たな契約典型となる芽を最初から摘んでしまうことになる。

6 修正適用説の論理と問題点

(a) 最も詳細な議論を展開する清水の見解を中心に、修正適用説の主張を整理しておく。修正適用説の中核となる発想は、バブル経済の崩壊に伴う地価や賃料水準の急速な下落や長期にわたる低迷が両当事者に予想しえなかつたものであるということ²²⁾を前提に、そのような予想外の事態から生じる損失を両当事者に公平に分担させる、というものである。修正適用説を採る裁判例にもこのような発想は見られる（4 11 12 13）。こうした発想を基礎に、修正適用説は、サブリース契約には多様なものがあるとし、賃料保証持約の存否など何らかの基準で三二条適用の有無を単純に線引きすることは難しく、両極端の結論に分かれる適用否定説の硬直的な結果は妥当ではない、と批判する。そして、「契約の条件にかかわらず」とする文言から三二条が常に適用されることを前提に、種々の事情の認定・評価に対応した柔軟な解決を図れる同条の修正適用（加藤・山野目）ないし信義則による判断（清水・升田）が最も適している、と主張する。なお、減額請求を認めない裁判例や適用否定説は、業者がサブリース契約の勧誘・締結時に賃料保証約束などを行って長期にわたる安定収益が得られると標榜し、所有者を事業に参加させたのに、経済情勢の変化で採算が悪化すると、手回りを返したように三二条を理由に賃料の減額を請求したり、約定賃料額を支払わないという行為態様を重視している。

ⅡⅠⅣ型の処理を主張する修正適用説でも、こうした行為態様を考慮する裁判例や学説が少なくないが（とりわけ清水①（下）四九―五〇頁）、賃料保証特約は三二条によって効果を生じず、せいぜい不当勧誘の要素として考慮されるにすぎない。

(b) 清水の見解は、上述した裁判例における傾向を全体としての確に把握し、事情に応じて減額請求を否定する可能性をも含めて包括的な理論化を志向する試みであり、緻密な分析を踏まえて裁判所が最も採用しやすい枠組みを提示している点で、実践的な観点において最も優れたものであるといえよう。

(c) しかしながら、次のような点が問題である。

第一に、地価や賃料水準の急速な下落や長期にわたる低迷が当事者に予測しえなかったという前提を出発点とするこ
と自体の是非である。とりわけ土地神話が信じられていたときには、具体的な契約当事者にとって、そのような予測は
たしかに困難だったかもしれない。しかし、仮にそうであるとしても、具体的な契約当事者にとって、そのような予測は
給の均衡によって強く規定され、一般的な景気動向にも左右される点で、予測困難で不確実なものであり、急速な下落
や長期低迷がないという観測は希望的な幻想にすぎない。しかも、バブル経済の最盛期にすら、そのような指摘はすで
になされていた^②。地価や賃料の上昇・下降は表裏一体の価格変動リスクであり、そのようなリスクの存在を知らなかつ
たなどという主張はありえない。

第二に、価格変動リスクは約束をした者が負担するのが、資本主義経済社会における契約の基本的な考え方である。

例えば、長期にわたって確定額での商品供給を確保した買主は、商品相場の上昇によって大きな利益を獲得できる可能
性と下落によって損失を被る危険性を等しく負っているので、目算が狂って商品の相場が下落したとしても、原則とし
て、契約を途中でやめたり、代金の減額を要求することはできない。逆に、売主は、逆の可能性と危険性を負っていて、
商品相場が著しく上昇したとしても、代金の増額を求めることはできない。このような危険を避けるためには、相場に

合わせる価格決定条項や価格改定条項などによって自衛するべきである。たしかに、当初契約の内容をそのまま実現することが一方当事者にあまりに過酷で不合理となる場面では、事情変更の原則による契約の解除や契約内容の改定が認められる。しかし、この原則が現実を発動されることはきわめて稀であり、サブリース事案について適用を肯定する見解はほとんどない⁵⁵。事態が予測不可能であったかどうかも第一で指摘したように疑問であるし、賃料水準の下落はせいぜい最盛期の半分程度にすぎず契約時からの時間の経過もほとんどないなど、事情変更の原則が適用される基準にはるかに及ばない。サブリース訴訟で争われている額の大きさに目を奪われてはいけない。資本主義経済社会は、契約が約束通り実行されることに對する信頼のうえに成り立っているのであるから、事情変更の原則によって契約の拘束力がなくなることは根底的な信頼を崩すことに繋がる。同原則の適用が、名前とは裏腹に例外中の例外としてしか考慮されていくには十分な理由がある。こう考えると、価格変動リスクを両当事者が分担するのが公平だという前提自体が、契約の重みを軽んじるきわめて危ういものである。

第三に、バブル経済崩壊後の一〇年余りの間に、日本の経済社会は、たしかに従来予想もしなかった事態に見舞われた。次に三つの例を考えてみよう⁵⁶。①日本の人口の八割をしめるといわれる給与生活者にとっても、年功序列型給与体系的の見直し、倒産やリストラによる失業率の上昇、年金支給開始年齢の上昇、年金水準の切り下げなど、将来設計に決定的な影響を与える変化が生じている。将来の給与と退職金・年金の収入を前提に給与生活者XがY銀行との間で結んだ住宅ローン契約の返済が不可能となった気の毒な事例は相当数にのぼっている。②レストランの経営を用途として明記した単純な賃貸借契約において、景気が長期低迷したことが主たる要因で客足が遠のき、賃借人Xはレストラン経営が傾いて賃貸人Yに約定賃料が支払えなくなった。③サブリース契約で、契約の対象となったビルの建っている地域がオフィスビル向けには不利な要素を多分に抱えていたことから、両当事者は、賃料額を比較的低いものに押さえる代わりに、厳格な空室保証特約を結んだ。オフィスビル需要は、両当事者の共通の予想に反して後退したまま拡大せず、他

の地域と比較してその建物の空室率は非常に高くなり、業者Xは予想を超える損失に悩み、賃料を賃貸人Yに支払えなくなった（この事例では、賃料水準の低迷の問題はとりあえず除いておく）。

いずれの場合も、両当事者は経済変動を予測できないまま、消費貸借の利率や賃料額を決め、空室保証特約を結んだのであるが、このような事例で、契約の拘束力を再考すべきだという提案がなされたことを、私は寡聞にして知らない。^②

②や③の事例で、三二条を修正適用してXの賃料減額請求を認めるべきだと主張も聞いたことがない。各事例での経済変動による損失は、基本的にXが負うべきリスクの実現によるものであって、契約に際してたとえYがXと同様の予測を行い、また、X側の事情を熟知していたとしても、「予想外の事態から生じる損失を両当事者に公平に分担させる」という発想から、XがYに損失の分担を求めることはできないのである。^③

③の事例で、仮に不動産業を営んでいた賃貸人Yが、本件サブリース契約を結ぶことなく自ら賃貸事業を進めていたら空室率の高さから確実に大きな損失を被っていただろうと想像される場合であっても、この結論に変わるところはない。この場合には、不法行為による損害賠償ではなく、契約による約束の履行が問題になっているからである。

要するに、「予想外の事態から生じる損失を両当事者に公平に分担させる」という発想は、法が一般に認めている考え方とはむしろ正反対のものであって、これを出発点とするアプローチは根本的に誤っている。また、②③の事例から明白なように、三二条がこのような発想を基礎にしているとも言えない。こうして、適用否定説を批判する修正適用説の論拠は、つまるところ、三二条が賃貸借契約においては「契約の条件にかかわらず」増減額請求権を認めていることに帰着する。しかし、サブリース契約への同条の適用の是非を議論するに当たって、単に同条を脱法行為を許さない程度の強行規定であると言うことは、結論の先取りである。なぜこの場合に法の基本的な考え方と一見矛盾するような規律が置かれているのか、その射程はどのようなものか、を具に検討する必要がある。

第四に、清水は、業者の働きかけがなかったら、土地所有者が更地を他に売却処分する予定であったり、借入れをし

てまで建物を建築するつもりはなかった場合には、問題性が顕著なことを認める。しかし、不動産は保有自体に経済的効用があるのではなく、土地所有者は独力で事業を行っていればバブル崩壊に見舞われていたはずであり、賃貸人と賃借人が賃料相場の動向（特に減額方向）との関係で運命を共にするものとする根本的発想を否定するほどの状況はない、と言う（清水①（下）四九―五〇頁）。たしかに、修正適用説は、結果的に減額請求を大幅に制限したり否定する余地を認めてはいる。しかし、そのような結果は、賃料保証特約や不減額特約の効力を一部であっても認めることになるから、同条の強行規定性を強調する前提（上記第三参照）とは整合しない²⁹。不法行為構成であっても、強行法規に反する無効な特約に対しては、履行結果への信頼を語ることはできない。そのため、修正適用説の枠組みでは、損失の公平な分担という基本的発想と相俟って、問題性が顕著な場合であっても、減額幅の調整に終始し、減額請求を否定するのは実際にはかなり難しい。さらに、信義則を根拠にすると、たしかに、考慮できる要素も増え、応用範囲が広いという柔軟性がある。しかし、損失の公平な分担という発想を前提とする限り、逆に、本来業者が負担してしかるべきリスクまでもが衡量に取り込まれてしまう危険性を伴う。不当勧誘が顕著に問題となる先物取引や変額保険の事例でも、損害の公平な分担という視角による不法行為構成での解決が、「過失相殺の誘惑」によって被害者に過酷な過失相殺割合の認定に導きがちであることと同様である。

第五に、三二条適用否定説に対する批判は、こぞって三二条の適用を否定する基準が明確でなく、かつ、三二条が適用される場合とされない場合の結論が極端に分かれ、硬直的であるとす。前者の点は8で検討することにして、ここでは後者の点のみを取り上げておく。たしかにこれまでの適用否定説は、問題性の顕著な典例を取り上げて三二条が不適用になる基準を論じてきたため、三二条が適用される場合には、減額請求が通常の賃貸借契約と同様に認められるかのように見える。しかし、ある場合に三二条が適用されないからといって、論理必然的に三二条がそのまま適用されることになるとは限らない³⁰。不当勧誘の事例でも、法律行為法による契約無効の処理と不法行為法による（過失相殺を

介した) 損害分担処理が並立しうると同様に、三二条の適用否定と同条の修正適用による減額幅の縮小は並立しう。むしろ、三二条を厳格な強行規定とは考えないことよつて、減額請求が認められない場合の要件を信義則・権利濫用論による以上に明確にし、さらに、同条の修正適用による減額幅の圧縮の根拠やその際に考慮すべき要因をも明確にすることが可能となるように思われる。逆説的な言い方になるが、三二条適用否定説を採ることよつてこそ、サブリース契約の多様性を反映して段階状に存在する裁判例の処理を、より適切に理論化できる可能性があるのである。

7 借地借家法三二条の立法趣旨と性格

前二節の考察を受けて、借地借家法三二条の立法趣旨とその性格を検討する。

(1) 立法の沿革と趣旨^①

(a) 借地借家法三二条は、要件に若干の変更を加えつつ、借家法七条の規定を受け継いだものである。その借家法七条は、一九二一年に借地法と同時に借家法が制定された際、とくに議論もないまま、借地法一二条と揃える形で規定が設けられた。したがつて、借地法一二条の立法趣旨が問題となる。

(b) 明治時代後半期には地震売買の脅しによつて借地人が地代増額に応じることを余儀なくされる事態が頻発し社会問題化していた。そこで、一九〇九年の建物保護法は建物登記によつて借地契約に対抗力を与えることにより、地震売買を封じた。しかし、社会的経済的に力の勝る地主は、借地人に短期の賃貸借契約を結ばせれば、契約の更新を拒絶して建物収去を迫ることが可能であつたため、地震売買と同様の脅しをもつて地代の増額を借地人に強要することができた。借地法制定の目的の一つは、長期の借地期間を強行規定として定め、このような地代値上げの強要を防ぐことにある。ただ、このように借地契約の期間が長期化すると、地主は、契約更新時に賃料額を市場動向に合わせて改定する

機会を逸する。土地価格や地代が一貫して上昇傾向にあった中では、地代を契約当初の額に固定することは、土地所有権を侵害する結果となる。そこで、政治的影響力を持った地主層と妥協を図って借地法を成立させるために、地主の先取特権などと共に、慣習と判例で認められてきた地代値上げ請求権を成文化したものが旧借地法一二条だったのである。もっとも、借地権の長期存続保障との均衡を取ったものだという説明だけでは、地代減額請求権が合わせて規定された理由も、賃料不増額特約がある場合にのみ同条の適用を排除できるとした理由もわからない。ここからは明確な資料がなく、推測でしかないが、長期契約による賃料決定に内在する限界と社会的弱者としての借地人保護の要請^②がその根拠ではなからうか。

すなわち、借地契約は最短でも二〇年間以上、存続期間の定めがなければ三〇年ないし六〇年の存続が保障されたため、そのような非常な長期にわたって市場動向を予測し、確定額の地代を契約時に定めることは、一般的にはきわめて困難である。確定額の地代を約定したとしても、合理的な経済人には、経済動向の変化にもかかわらず地代相場変動リスクを長期にわたり（期間の定めない契約では永久に）負担する意思があるとは一般的には考えられない。また、地主が解約の自由を制約されて賃料値上げの交渉力を大幅に減殺されると同様に、借地に建物を建築した借地人は、解約が自由だといっても、投下した資本の回収を図るためには、長期間建物を利用する必要があるから、地代値下げの交渉力に欠ける。このように地代相場の変動に柔軟に対応することは、いずれの当事者にとっても難しく、地代額は契約時のそれに固定されやすい。さらに、契約で地代改定を協議する旨を合意したが、一方当事者がそもそも協議に応じない場合や協議がまとまらない場合にも、地代が契約の趣旨に反して協議直前の額に固定されてしまう。それゆえ、その後の経済動向に応じた地代額の増減調整を行うのが、両当事者の合理的意思と公平にかなうと考えられる。この場合に、「契約の条件にかかわらず」地代増減額請求権が認められるというのは、緩和された事情変更原則の現れであり、地主のみならず借地人にも同等に妥当する。それは、当事者の合意の欠缺を補う市民法的な契約補完機能を持つのである。

しかも、地代額の決定そのものについて、借地法は何らの規制をも置かず、一般的な契約の自由に委ねている。たとえ当初の約定地代の額が、相場の額から客観的には合理性が疑われるほどに乖離した額に定められていても、公序良俗に反しない限り、民法の基本原則に従い当事者の私的自治的決定が尊重され、強行法的な介入は行われぬ³³⁾。したがって、相当地代額の決定も、単純に減額請求当時の地代相場に合わせるということではなく、約定地代額を重要な基準として決定されることになる。その限りでは、たとえ当事者の合理的意思と公平を理由に介入がなされる場合にも、地代額に関する当事者の私的自治的決定には一定の配慮がなされる構造となっているのである。このように見れば、借地契約の長期の存続期間とは別に、両当事者が比較的短い期間毎に地代を一定基準で改定する特約をした場合のように、当事者が地代相場リスクを意識して配分する決定を行っている場合には、補完すべき欠缺が存在しないのであるから、当事者の合理的意思や公平を根拠に公権的・後見的に介入し、私的自治的決定を覆す必要性も正当性も存在しない。

そのような必要性和正当性は、借地人保護の必要性に求めざるをえない。すなわち、将来の地代もしくはその改定基準の決定を、当事者の特約による私的自治に委ねておいたのでは、社会的経済的に優位な地主に一方的に有利なものが結ばれる危険性が高く、不当な地代値上げの強要を認めないという借地法制定の目的の一つが達成できなくなる。そのため、同法一二条は、一定期間の地代不増減・不減額の特約を有効としていた一九一八年の第一次借地法草案の立場を採らず、裁判所による統制の下でこの問題を扱うことにしたものと思われる。つまり、本条のもう一つの強行規定的性格は、社会的弱者である借地人を過酷な地代値上げから保護することを根拠とし、契約による賃料決定に対し公権的・後見的に介入する社会法的な契約修正機能を有するのである。こう理解することによって、不増額特約のみを許容した理由も説明できる。この場合には、約束者（地主）の自己責任という民法の原則に戻っても、借地人に何らの不利益をも与えないからである³⁴⁾。

- (c) 一九二二年の制定時に借家法七条が置かれた理由については、明確な立法趣旨説明がないことに加え、借地法の

場合以上に、理論的にも謎が多い。すなわち、その時点での借家法は、引渡しによって借家権に対抗力を与えることに主眼があり、最短の契約期間は六ヶ月にすぎず、家主の解約申入れや更新拒絶は制約されなかった。そのため、家主が賃料増額を求める機会や交渉力は失われておらず、借地法のような説明はできなかった。家賃増減額請求権の導入は、単に借地法の規定と揃えたという以上の説明は見出せない。借家権の存続保障との見合いとして家賃増額請求権が必要となるという借地法同様の説明が可能になったのは、一九四一年の改正によって、解約申入れや更新拒絶に正当事由を要することになり、解約や更新拒絶の自由を背景にした家賃値上げの交渉力が家主から失われたことによる。もつとも、契約補完機能の意味での本条の強行規定的性格の根拠が妥当する場面は、借地の場合よりも、はるかに限定的であることに注意しなければならない。借家契約の場合には、借地契約の場合のように、賃借人が建築した建物所有権を保護し、資本投下の回収を保障する必要はない。そのため、それ以後の借家法改正でも、長期の契約期間を法定するという形で存続保障はなされない。したがって、借家の場合には、長期契約による賃料決定に内在する限界という論拠は妥当しない。契約当事者は、一・二年という短い契約期間と賃料改定条項を入れることにより、家賃市場の動向に合わせた賃料改定の機会を確保すればよいのである。家賃増減額請求権を強行規定的に認める必要があるのは、契約期間の定めや家賃改定条項が存在しない場合と、家賃改定協議条項のみが置かれている場合である。いずれの場合も、当初約定家賃額を固定して賃料相場変動リスクを当事者が負担したとは考えられないことから、当事者の合理的意思と公平に基づいて賃料改定の機会を与える必要があるのである。このように理解すると、契約締結時の賃料改定に関する明確な決定とそれによるリスク配分が存在するにもかかわらず、借家法七条がそのような私的自治的決定を覆して裁判所による統制を行うことを正当化する根拠は、借地の場合同様（あるいはそれ以上に）、やはり、過酷な家賃改定特約を押し付けられる危険性のある賃借人を保護することに求める以外にない。

(2) 借地借家法三二条の性格

(1)の考察を整理しておこう。同条は、強行規定的性格を有するが、それは二面的な根拠と機能を持つ。まず、第一に、同条は、そもそも賃借人を過酷な賃料値上げから保護する目的で導入された賃借権の長期の存続保障の見返りに、賃借人に賃料増額請求の機会を与えることから出発している。この場合の賃借人を含め、長期間契約の当事者は、将来の賃料相場変動リスクを自覚的に負担したとは考えられないから、契約の条件にかかわらず、当事者の合理的意図と公平に基づいた賃料改定の機会を与える必要がある。また、賃料改定を協議するとの特約のみがある場合には、当事者の合理的意図は、賃料相場の変動に応じた賃料改定を望んでおり、協議が成立しない場合には、裁判所による決定が必要となる。こうしたことが、同条の強行規定性の第一の根拠であり、この場合、同条は市民法的な契約補完機能を持つ。第二に、そもそもこの制度の導入の理由に見られたとおり、社会的弱者である賃借人を過酷な賃料値上げから保護するという目的が本条にも反映し、賃料不増額特約のみを許す規定ぶりに、その趣旨が現れている。賃借人保護の目的から、契約による賃料決定に対し公権的・後見的に介入する必要があることが、強行規定性の第二の根拠である。この場合、同条は社会法的な契約修正機能を持つ。

奈良(上)九一頁のように、歴史的経緯から前者の側面のみを強調するのは、後者の側面を見落としているうえ、契約補完機能が発動すべき前提が欠けている場合にまで、同条を強行規定的に適用することを根拠づけられない。一方、藤井五二頁のように、後者の側面のみを強調すると、およそ約束した以上契約は守られるべしという過度な単純化に陥って、同条の持つ市民法的な規律の合理性を見失う。

このように三二条の複合的な性格を理解すると、契約修正機能を発動する必要がなく、かつ、契約補完機能の発動の前提が欠けている場合、すなわち、賃借人を保護する必要がなく、両当事者がすでに賃料相場変動リスクを考慮した決定を契約で行っている場合には、三二条は、強行規定として契約に介入する根拠を失う。別の表現をすれば、三二条は

たしかに強行規定的性格を有しているが、契約による私的自治的決定を尊重する論理を内包していることになる。私的自治的決定がそのまま機能する余地を認めても、賃借権の安定的保障という借地借家法の趣旨に反しないことは言うまでもない。このような同条の性格の理解は、次の三点からも裏付けられる。

第一に、賃料自動改定特約について、裁判例の大勢は、賃料改定をめぐる協議の煩わしさを避けて紛争の発生を未然に防止するという点での合理性を評価して一応有効なものとしつつ（これは当事者の私的自治的決定を尊重することから当然の結論である）、具体的適用結果が不合理になれば、三二条による賃料増額請求を認めてきた⁵⁵。賃料増額請求が認められる場合も、特約が無効となるのではなく、賃借人が増額請求を行わなければ、特約に従った賃料支払いは有効であり、不当利得の問題を生じない。増額請求によって認められる改定賃料も、単純な相場賃料とは異なる相当賃料とされてきた。吉田三四〇―三四五頁は、これらの裁判例を鋭く分析して、このような「市場修正機能」を果たす法の介入の正当化は、社会的弱者である賃借人保護の要請と、地価や賃料相場の上昇の利益を特約によって賃借人にそのまま帰属させることが賃借人に過酷となるのを避ける公平の要請という二つの根拠に帰着する、と指摘する。

第二に、借地借家法制定時には、借地法一二条と借家法七条の双方につき、賃料改定特約の有効性を明記するとの要綱試案が提示された。しかし、有効な特約の具体的内容を条文化するのが立法技術的に困難であることのはか、賃借人の保護を弱めるとの反対から、この案の採用は見送られた⁵⁶。両条の強行規定的性格が、賃借人保護を根拠としていること、及び、私的自治的決定自体をおよそ否定する強固なものでないことは、この経緯からも裏付けられる。

第三に、一九九九年の良質な賃貸住宅等の供給の促進に関する特別措置法五条によって、定期建物賃貸借の場合には、特約により賃料増減額請求権が排除されることを認める借地借家法三八条七項が新設された。奈良（下）七五頁注49は、この制度の立法趣旨は、不動産証券化のスキームに乗せて賃料収入の安定を図るために更新も賃料増額請求権もない契約類型を立法的に創設するものであり、「公平よりも私的自治を優先する」仕組みであって、更新のあるサブリース契

約とはまったく異なると評価する。しかし、公平を理由に強行規定性を強調するならば、なぜこの場合には、公平を破壊してまでその例外を認めることができるのか説明がつかない。同法の規律の仕方の当否はさておき、この場合には、契約期間が固定されていて賃料相場変動リスクが定型的に計算可能であり、それを前提に賃料に関する特約（具体的には不減額や不増額の特約、あるいは賃料改定基準に関する特約）を行う両当事者は、そうしたリスクを明示的に引き受けるものと評価される。しかも、賃借人保護の要請も定型的に存在しない。このように明確な理由があるからこそ三二条の適用が除外されて、当事者の私的自治的決定が優先することになるのである。そして、そのような結果は、三二条の基本的な考え方に反する例外ではなく、三二条自身に内在していた考え方（一定の場合には私的自治的決定によるリスク配分を許容することが、当事者の合理的意思と公平に合致する）を一定類型で明確にした、と理解されるのである。

以上要するに、賃借人保護の要請が問題にならず、両当事者が自覚的に契約によるリスク配分を行った場合にまで、「契約条件にかかわらず」という文言や曖昧な公平観念を理由に借地借家法一条及び三二条の強行規定的性格を貫徹させるべきではない、という結論に至る。

8 適用否定説の論理と問題点

前節までの検討により、三二条の強行規定性は、適用否定説に対する決定的な批判とはなりえないことが明らかとなった。そこで、本節では、適用否定説が、サブリース契約のどのような特色を捉え、なぜ三二条の適用がないのかを積極的に根拠づけることができているのかを考察する。見解の細かな違いは捨象して適用否定説を大きく分けると、三つの考え方に整理できる。順次検討する。

(1) 非典型契約説

(a) 適用否定説の一つは、サブリース契約の共同事業としての実質を重視し、賃貸借契約の法形式が採られていても、それは民法の予定する典型的な賃貸借契約とは異なるとして、民法や借地借家法（とりわけ問題となる三二条）の適用を否定する考え方である。実質説とも呼ばれている。この考え方の中にも、サブリース契約が賃貸借契約ではないことを理由として三二条を含め借地借家法の規定の適用を全面的に否定しようとする論理をとるものと（澤野・内田・下森）、サブリース契約が賃貸借であるとしても異質な特徴を有するから、他の規定はともかく少なくとも三二条は適用も類推適用もされないとする論理をとるものに分かれる（平井・鈴木・藤井）。しかし、いずれも、サブリース契約の共同事業性に着目して、非典型契約としての性質を強調するところに共通点がある。

これらの考え方は、典型的なサブリース契約に備わる特徴として、おおむね次のような特徴を指摘している。^③①業者は、自己使用を内容とせず、建物を一括して借り受け、これを他に貸すことにつき所有者から予め許諾を受ける。業者は、賃貸人に支払う賃料と転借人から得る転賃料の差額を事業収益とする（一括転賃事業性）。②契約期間は、一〇年―二〇年の長期で、中途解約禁止条項が用いられる（長期契約性）。③賃料保証特約や賃料自動増額改定特約が用いられる（賃料保証特約等）。④高額の敷金が差し入れられる（敷金の高額性）。⑤目的建物は、業者が土地所有者に建築させる。土地所有者は、高額の敷金差入れや長期の保証賃料を原資として、金融機関からの建築資金のための借入金債務を返済する。業者もしくはその関連業者が目的建物の設計・建築・管理、さらには建築資金融資の斡旋なども手がけることが多い（建築請負契約との密接関連性）。こうした特徴から、実質説は、少なくとも典型的なサブリース契約は、賃貸借契約とは異なる共同事業契約であり（共同事業性）、契約目的の点でも経済的機能の点でも民法や借地借家法の想定していない契約類型であるから、とりわけ三二条は適用されない、と帰結する。^④

また、サブリース契約が賃貸借契約の性質を有するとしても、三二条の適用もしくは類推適用は、次のような理由か

ら否定される。同条は社会的弱者としての賃借人の居住権を保護する借地借家法の目的を背景としている。自ら居住することなく単に経済的利益を追求する業者は、わが国有数の大手不動産会社であって、借地借家法で保護する必要があるのみならず、サブリース契約では、予想を上回る転貸料収入は業者が取得し、転貸料収入が予想を下回る場合のリスクを考慮して約定賃料は低額に定められる。一方、賃借人は、値上がり利益の放棄と引き換えに保証特約によって長期安定収入を得る。このように賃料保証特約等は、共同事業の損益・リスクを配分する一定の合理性を有する約定である。もし三二条を単純に適用すれば、賃料保証特約や自動賃料増額改定特約は、その額以上には賃料を上げない不増額特約として有効であり、業者は賃料水準の上昇が予想を上回る場合に、期待通りの利益を上げることができる。それに対して、賃借人は、約定した賃料を得られなくなるため、建築資金として金融機関から借り入れた金銭の返済に窮するなど大きな不利益を受ける。このような不均衡な結論は不公平である。三二条の適用は、サブリース契約の共同事業目的を破壊してしまう。

(b) この考え方は、サブリース契約をめぐる問題性を明らかにした。そこに展開されている利益衡量には、私も基本的な点で同感である。次に、この考え方は、その後の議論の展開が、単に借地借家法三二条の解釈にとどまらず、契約の拘束力とその限界、強行規定の意味について深い考察に及ぶきっかけを作った。さらに、この考え方は、実践的にも少なからぬ下級審裁判例の結果に大きな影響を与えたのみならず、サブリース契約を新たな契約類型として構成する方向性を示した点で、典型契約論を考察するうえでも非常に大きな寄与をした。

(c) しかしながら、この考え方には、すでに、岡内一〇一三頁、清水①(下)五八〇五九頁、六一〇六三頁、清水②(上)五九〇六二頁、(下)三〇〇三三頁、三五〇三六頁、金山(一)三六〇三八頁、(四)四九〇五〇頁、五二頁、奈良(中)六三〇七五頁、(下)六五〇七三頁、近江七八〇八一頁などが詳細な批判を加えている。以下では、それらを参考に、私の同意できる範囲で問題点をまとめ、さらに首肯できない批判に対しては、反論を試みる。

第一に、サブリース契約を賃貸借契約でないとする性質決定には無理がある。まず、契約書には賃貸借契約と明記されており、賃貸借契約ではないとされるファイナンス・リースの場合とは異なつて、使用収益とその対価の支払いという要素の存在は否定しにくい。

もっとも、転貸が行われることは稀ではないし民法や借地借家法も転貸の存在を予定しているから、当初からの転貸だというだけでは賃貸借の本質は変わらず、賃貸権委譲は転貸許諾の言い換えにすぎない、という批判(清水②(上)六一頁、奈良(上)六一頁、(中)七〇頁、近江七九頁)は、いささか皮相である。とりわけ下森②(下)四六頁の主張の趣旨は、おそらく次のようなものであろう。両当事者は、長期の固定期間全体にわたつて収益を予測し、契約期間全体の収益の分配を確保することによって、最低限、建物を建築する土地所有者の投資が回収できる、という事業計画を立てているのだから、最低保証される各期の「賃料」は、賃借人からの中途解約を禁止して契約期間を固定したうえで土地所有者に支払われるべき全期間の総分配収益を各期に分割払いするものに他ならず、契約締結時の賃料水準を第一の基準に定められているものではない。これを業者の側から見れば、土地所有者に支払うべき総額は、業者が期待する全期間の総分配収益を賃貸事業であげるための対価であり、期間を限つた所有権取得の代金に近い。つまり、サブリース契約の構造は、各期毎の使用収益とその対価の支払いが累積される賃貸借契約の構造とは異なり、全契約期間を一個の単位として賃貸権委譲に対価を支払うものであると理解される、と。このように見るなら、賃貸権委譲は、契約期間を定めなにか一・二年単位の短期の契約期間の更新を繰り返す通常の賃貸借の場合の転貸(とりわけ賃貸借契約時に計画されていないかつ事後的な転貸)の許諾とは、まったく性質が異なることになる。また、全期間分の使用収益取得対価が分割払いになっているという説明だけで十分なら、およそ長期の賃貸借契約は賃料の構成次第で三二条を潜脱できることになってしまう(清水②(上)六一頁)、という批判的を射ていない。固定された長期間にわたる計画性・土地所有者の投資回収のための賃料保証特約等が、不可欠の要素と考えられているからである。

このように、①～⑤の特徴を総合してサブリース契約が賃貸借契約とは異なる側面を持つことを際立たせた実質説は、事態を的確に捉えているように思われるが、それでもなお、十分な成功をおさめてはいない。それは、まず、サブリース契約の定義をどうするかにかかわる。たしかに、①～⑤の要素をすべて備えている典型的なサブリース契約は（そのような契約が多数存在するかが怪しく、数少ないものを典型として構成するのは妥当でないとの批判もある）、賃貸借契約とはかなり異なる性格をもっているといえるだろう。しかし、裁判例で争われた契約はきわめて多様である。たしかに、①の一括転貸事業性を欠けばサブリース契約といえないことはほぼ確実だとしても（①についても、業者が建物の一部を自ら使用する場合に、その部分をどう考えるのかという問題は残る）、②～⑤の要素の全部又は一部を欠く契約はサブリース契約なのかそうでないのか。例えば、賃料保証特約等がなく、単なる空き室保証にとどまるものや、賃料が転賃料に連動するいわゆるガラス張り方式の約定がなされることもある（近時はサブリース契約紛争の経験に鑑みてそのような約定が増えているようである）。目的建物の建築や契約締結が土地所有者＝貸主主導で行われ、業者が建物建築や建築資金融資に関与しない場合もあるし、既存の建物が契約の対象となる場合もある。逆に、長期契約性・賃料自動改定特約・高額の敷金などは、オフィスビルなどの一般的な賃貸借契約にも見られる。特徴を列挙するだけでは、このような批判を前に、サブリース契約の独自性を決定づけることは困難になる。もし、①～⑤の全ての要素が揃わなければサブリース契約ではないとするなら、それ以外の契約は賃貸借契約と法性決定され、三二条もそのまま適用されることになる。しかし、そのようなサブリース契約の定義はあまりにも狭く、多数の裁判例や修正適用説が三二条を実質的に修正適用して問題の解決を図ってきた事例の多くについて、問題性に目をつぶり、問題性の顕著な典型事例との間に、あまりにも極端な結論の差を生じる（四二四の結論にも疑問の余地がある）。そうかといって、定義を緩めると、契約の法性決定と適用法規が不明確・不安定となって、契約当事者の予測可能性を害する。批判を免れるためには、どのような要素（ないしはその組合せ）が決定的であり、限界がどこにあるかを明確に示さなければならないのである。

共同事業性もそのような要素とはなっていない。サブリース契約を組織型・共同事業型の継続的契約だと分析する平井の考え方は、共同事業性をサブリース契約の特徴とする見解を理論的に支える試みであるが、十分検証されていない仮説にとどまるし、⁽⁴⁾サブリース契約を賃貸借契約と区別する要素を提示してはいない。また、共同事業性を強調すれば、組合契約に関して損益共通の推定を行う民法六七四条二項や受託者の信託財産限度の責任を規定する信託法一九条との関係が問題となるのか、当事者の予期していなかった事態が発生した場合には、当初の契約条件に従った損益分配を公平を根拠とする三二条の適用により調整し直すべきだ、との批判を招く。実際に⁽⁵⁾や野村は、共同事業性を理由に、共同事業者間の損失の公平な分担という発想に譲歩する結果となっている（注⁽⁶⁾を参照）。もつとも、これらの批判に対しては、十分反論が可能である。民法六七四条二項は任意規定でありサブリース契約における賃料に関する特約はこれとは異なる損益分配を定めたものである。分別管理を本質的特徴とする信託の場合とは契約類型がまったく異なるため信託法一九条は参照に値しない。賃料相場が上下すること自体は予測不可能ではないどころか認識していないこと自体が問題であるし、具体的に騰貴するか下落するかの予測が困難だからこそその不安定性を保証賃料による安定と置き換える点に特約の意味があり、そこには当事者の明確なリスク配分約定が存在するのだから三二条の介入を認める根拠を欠く（第五節・第六節参照）。

第二に、サブリース契約が非典型契約であるとしても、それを理由に三二条の不適用を導くという論理には問題がある。右の第一で指摘したように、サブリース契約に賃貸借契約の要素が含まれることは否定しがたい。非典型契約や混合契約であっても、そこに典型契約の要素が含まれば、典型契約のために用意された規定が、契約の性質に反しない限り適用または類推適用されるというのが一般的な理解である。そうだとすると、ある規定が適用も類推適用もされないという結論を導く理由は、問題の契約がサブリース契約であるからというのではなく、サブリース契約には……という性質があるからという論理を取らなければならない。その点からみても、第一で指摘したように、実質説の理由付け

は十分ではない（この点で、適用否定説の中でも、とりわけ金山・吉田が、契約性質論を決定的な根拠とはせず、端的に三二条との関係を問題にしているのは賢明である）。しかも、とりわけ、適用・類推適用の是非が問題になる規定が強行規定である場合には、契約の要素の一部を典型契約から偏差させることでその適用の潜脱をはかる脱法行為が容易に生じないよう、十分な配慮が必要である。三二条が単純な意味での強行規定でないことは前節で論じたとおりであるが、これまで一般には三二条が強行規定であると解されてきた以上、実質説は、脱法行為防止の観点にももう少し意を払うべきだったと思われる。逆に見れば、脱法行為論への配慮の不足は、実質説が、あまりにも典型的なサブリース契約のみを念頭に置いており、サブリース契約形式を装った脱法行為など考えられないと理解してきたことの証拠かもしれない。

右の第一・第二の問題点があるとしても、それは、サブリース契約を新しい契約類型として考えていく方向性自体を否定するものではない。前掲最一小判平成一四年三月二八日は、サブリース契約という言葉を使わないが、次のようにこの契約の中核的な特徴を的確に捉え、信義則を介して、新たな契約類型形成への手がかりを与えている。

「Xは、建物の建築、賃貸、管理に必要な知識、経験、資力を有する訴外Aと共同して事業用ビルの賃貸による収益を得る目的の下に、Aから建設協力金の拠出を得て本件ビルを建築し、その全体を一括してAに貸し渡したものであつて、本件賃貸借は、AがXの承諾を得て本件ビルの各室を第三者に店舗又は事務所として賃貸することを当初から予定して締結されたものであり、Xによる転貸の承諾は、賃借人においてすることを予定された賃貸物件の使用を転借人が賃借人に代わつてすることを容認するというものではなく、自らは使用することを予定していないAにその知識、経験等を活用して本件ビルを第三者に転貸し収益を上げさせるとともに、Xも、各室を個別に賃貸することに伴う煩わしさを免れ、かつ、Aから安定的に賃料収入を得るためにされたものというべきである。他方、Cも、Aの業種、本件ビルの種類や構造などから、上記のような趣旨、目的の下に「XA間で」本件賃貸借が締結され、Xによる転貸の承諾並びにX及びAによる「BからCへの」再転貸の承諾がされることを前提として「Bとの間で」本件再転貸借を締結したものの

と解される。そして、Cは現に本件転貸部分二を占有している。」(XYABCの当事者の記号や括弧内の記述は、筆者が補ったものである。原告Ⅱ被告人Xは土地所有者、Aはサブリース業者、Bは転借人、Cは再転借人、被告Ⅱ原告人YはCの更生管財人。XA間のサブリース契約が二〇年の契約期間の満了により終了し、Aが事業の採算が合わないことから更新を拒絶した。Xは適時にBCに契約が期間満了で終了する旨を通知した。Xは、本件賃貸借終了後も、自ら本件ビルを使用する予定はなく、B以外の相当数の転借人との間では直接賃貸借契約を締結したが、Bとの間では、XがBに対しCとの間の再転貸借を解消することを求めたため、協議が調わず賃貸借契約の締結に至らなかった。XがYに対して、所有権に基づいて明渡しを求めた)。

この判決は、このように契約を把握して、次のように判示した。

「このような事実関係の下においては、本件再転貸借は、本件賃貸借の存在を前提とするものであるが、本件賃貸借に際し予定され、前記のような趣旨、目的を達成するために行われたものであって、Xは、本件再転貸借を承諾したにとどまらず、本件再転貸借の締結に加功し、Cによる本件転貸部分二の占有の原因を作出したものであるから、Aが更新拒絶の通知をして本件賃貸借が期間満了により終了しても、Xは、信義則上、本件賃貸借の終了をもってCに対抗することはできず、Cは、本件再転貸借に基づく本件転貸部分二の使用収益を継続することができると解すべきである。このことは、本件賃貸借及び本件転貸借の期間が前記のとおりであることやAの更新拒絶の通知にXの意思が介入する余地がないことによって直ちに左右されるものではない」。

この判例を前提にする限り、サブリース契約を非典型契約だとすると転借人の地位が不安定になる、という批判は妥当しないことになる。この判決以前に、下森②(下)四八～五〇頁は、次のように主張していた(当事者の記号を上記判決のものと統一したうえで要約した)。XA間の契約が解除されたりAの債務不履行により解除された場合、賃貸人たる地位がAからXに復帰し、Aの地位が当然にXに承継されるから、転借人B(や再転借人C)の保護のための借地借家法三四条は適用されず、より強い保護が可能になる。また、転借人がこうして保護されることから、Xの解約には同法二

八条の正当事由も不要である。要するに、「借地借家法二八条にいう『転借人』に関する規定や同法三四条の規定は、集合建物の一括転貸借であるサブリース契約のことを念頭においていない規定である」と。この見解には説得力があり、右の最高裁判決にも強い影響を与えている。これらの規定の強行規定性を根拠に、サブリース契約への適用を否定しない考え方は、このような方向への発展可能性は乏しい。もともと、このような論理は、賃料保証特約等を伴わない契約であっても妥当するので、賃料保証特約等を伴う共同事業性を核と考える下森説では、そのような契約をサブリース契約に包摂できないか、サブリース契約の定義を修正する必要性に迫られる。いずれにしても、二八条や三四条と三二条を、共に当該契約がサブリース契約であるからだという理由づけることはできないのである。

第三に、業者が経済的利益を追求する大手不動産業者であり、サブリース契約が社会的弱者である賃借人の居住権保護を目的とする借地借家法の保護に値しないという理由付けも、事態の重要な一面を捉えてはいるが、次のような批判を受ける。すなわち、民法はもとより借地借家法も、賃借目的が居住用か事業用かの区別や、当事者が社会的強者か弱者かなどの区別をしていない。借地借家法が弱者保護の理念に基づくことは否定できないとしても、その立法や改正の過程では、居住用・事業用等の区別の必要性が主張されたものの、結局は法的手当が断念され、一律の適用もやむをえないとされた。また、同法の規律の対象は多様化しており、事業用借地権（二四条）や居住用建物の賃貸借の承継（三六条）など、社会的立法に尽きない規定が少なくない。三二条も市民法的な公平に基づく規律である。さらに、業者が有数の大手不動産会社であるからという理由で、三二条の適用を否定するのは、権利主体の平等に立脚する民法の理念と抵触する不合理で感情的な見方である、等々の批判である。これらの批判は、実質説が素朴な利益衡量に終始し、三二条の明確な適用除外基準を提示できておらず、解釈論としての不十分である、という意味では当たっている。

しかしながら、「借地借家法はもともと社会的弱者を保護するための立法である」という保護法益論を、条文の適用・解釈にあたって安易に持ち込むのは禁物である」（清水②（下）三〇頁）とか、「文言が一義的に明確なところでは実

質論を取り込んでの目的な解釈はすべきでない」、三二条の「文言は明確であるから……立法者意思や実質論などの安易な導入は控えるべきである」、あえて立法過程に立ち入って検討するなら実質論を考慮しない一律の適用が立法者意思である（いずれも清水^③（下）三〇頁）というのは、明らかに言い過ぎである。借地借家法制が社会的弱者である賃借人を保護することを主柱として発展してきたことは疑いようがない。法の規定は、法の趣旨・目的に沿うよう解釈・運用されなければならず、実際にそのような運用がなされてきた。^④三二条もその例外ではない。弱者保護の視点をいれずに、不増額特約のみを有効とする一項但書の存在や、賃料に関する増額特約よりも同条を優先させる判例の処理、借地借家法制定時の特約許容に対する「反対論などを理解することはできない。「契約の条件にかかわらず」という文言から同条の強行規定性が一義的に明確だといえるのであれば、単純不適用説のように三二条の形式的適用の結果自体が是認されているのであって、信義則を解したところで、実質的に同等の修正を図ることは、立法者意思に反し解釈の限界を越えることになる。不用意な一般論は、論者自身の理論を否定することに繋がるのである。

(2) 担保給付説

(a) 結論的に三二条適用否定説に含めてよい考え方として、担保給付概念を用いる金山の主張がある。金山は、サブリース契約は、転貸形式を採り業者が一定額の賃料の支払いを約束することで、賃貸人が負う不確実な賃料相場の変動のリスクを安定した収入に変える点に主たる目的があるとみて、賃料保証特約こそが決定的な要素であるとする。そして、賃料保証特約は、本来の賃料が三二条によって減額される状況が生じた場合でも、その減額分を補填する目的を持つ一種の保険契約であり、担保給付契約（業者の損害担保約束）であると分析する。そして、保証された賃料支払債務の中には、物の使用収益の対価たる要素と担保給付たる要素が併有されていて、三二条によって減額されるのは固有の賃料である前者の部分だけである。仮に、保証賃料全体が同条で減額されるとしても、損害担保約束に基づいて、直ち

に減額された部分は補填される、とする。

また、金山は、実質説の問題点(前記①[○])を指摘して、新たな契約類型として成長する可能性は留保しつつ、サブリース契約の範囲確定が現在では困難なことや、二八条・三〇条・三四条・三八条や解除における信頼関係破壊理論等の適用問題を考慮して、現時点では、サブリース契約を賃貸借契約だと法性決定する。さらに、サブリース契約以外の賃料保証特約による三二条の潜脱を防ぐため、賃料保証特約が有効に成立する環境を考察する。そして、サブリース契約の最小限の特色を示す標識として、「デフォルト値たる民法の転貸禁止原則(六一二条)に『設定変更』」を加えて、事業としての転貸営業を可能にすることが不可欠であることから、賃料保証特約が用いられた契約が商法五〇二条一号の「投機賃貸借」に該当すること、という限定要件を提案する。

(b) この考え方は、サブリース契約の特徴の中で、賃料保証特約こそが三二条の適用を否定する決定的要素であることを明確に析出した点に最大の功績があり、私も基本的にこの点を支持する。また、論理を等閑視する傾向を強く批判して展開された精緻な理論的考察によって、担保給付説は、実質説に対する批判をかなりの程度免れているように思われる。

(c) しかしながら、この考え方にも、なおいくつかの問題がある。従前の議論は、実質説に対する批判を中心に展開されてきたため、実質説批判の点では同調する金山の見解に対しては、それほど多くの批判は登場していないが(清水②(中)六一頁、(下)三二頁、三三頁、清水③(上)七八―七九頁、奈良(中)七一―七二頁、(下)七一―七二頁)、これらを参照しつつ前項と同様の姿勢でまとめておこう。

第一に、金山は、判例・通説に従って、三二条を強行規定であるという理解を前提に議論を進めている。しかし、そうだとすれば、担保給付約束の実現によって強行規定の示す結論を覆すのでは、結局、同条の強行規定性が無意味となること(＝潜脱)を認めていることになる。解釈論的にも、「担保する給付は、債務の支払、または損害の填補を確保する

という積極的意思の表現行為である」という於保不二雄に依拠するのであれば、賃料保証約束は、三二条が否定する賃料債務の不減額特約にはかならない。三二条の趣旨と、同条が強行規定であるとしてきた判例・通説の意味を再検討すべきだっただようと思う。また、金山が依拠するいくつかの判決例は、サブリース契約紛争を想定していない議論を展開しているものであり、先例としての参照価値は乏しいと言わざるをえない（清水③（上）七九頁注18の具体的な指摘を参照）。

第二に、金山は、サブリース契約の最小限の本質的要素として「転貸形式での建物の使用収益と賃料保証」だけが典型的に確認できるとする（金山（4）五二頁）。しかし、そのような狭いサブリース契約の定義では、実質説に対する第一の批判の後段で述べたと同じく、問題性の顕著な典型的事例とそれ以外とで極端な結論の差異を生じるとの批判を免れない。

第三に、転貸型投機賃貸借に該当するという要件がなければ賃料保証特約が有効とならない理由も、これが加わることによって賃料保証特約が有効になる理由も示されていない。金山がサブリース契約に議論を限定し、賃料保証特約が有効となる要件を「開かれた問題」とすることから察するに、この要件は、サブリース契約の場合には担保給付約束としての賃料保証特約には経済合理性があるということだけのことであり、さしあたりサブリース契約以外には賃料保証特約を理由に三二条の適用除外を認めない、というにすぎない。たしかにこれによってとりあえず脱法行為は防げるかもしれないが、それはどういうふうな三二条の適用除外を限定するかを語っているだけであって、なぜサブリース契約の場合だけを特別視するのかは、結局示されていないことになる。これは、つまるところ、第一に指摘したように、金山が三二条の強行規定的性格の根拠を十分分析しきれていないところに原因がある^④。

もっとも、賃料相場が下落してもなお一定額の賃料を支払うという危険まで予測した上でなお不減額特約を締結するなどという経済的に不合理な考えを当事者が持つはずはないから、定額賃料を「最低保証賃料」と称しても、賃料不減額の合意をしているわけではないという見解（岡内二二―二三頁）や、賃貸借契約では期間と賃料は契約時に決定してお

り期間内の賃料総額も明確となっているから、そのことを最低賃料保証といったところで賃貸借契約性を否定する根拠にはならず、「最低賃料保証は賃料支払約束そのものなのである」とする見解（奈良（中）七二頁）には、とうてい同意できない。まず、賃料保証特約の存在については、金山（4）四五―四七頁が適切にも指摘するとおり、契約書の文言に賃料保証という言葉が入っていないとしても、パンフレットの記載内容・当事者の言動等から賃料保証特約の存在が認定できる。これは契約解釈の基本である。現に、多くの裁判例でそのような認定を行っているし、「賃料はいかなる場合においても、……を下回らない額とする」という類の明確な約定が存在する例もある（四〇四や四〇五）。次に、転貸事業を行う賃借人があえて長期にわたって（増額改定を含めた）賃料保証を約束したのは、ときに借入をしてまで土地所有者に契約目的建物を建てて賃貸することを勧誘するために必要と考えたためである。賃料相場の動向はそもそも予測不可能なのに、あえてそういう約束をしたのは、将来の賃料相場の動向を予測した上でそのリスクの負担しても採算が取れると判断したからであり、将来の賃料相場の変動リスクを自覚的に負担するものである。リスクを冒して高収益を狙う契約は、まったく不合理なものではない。案に相違して収益が上がりたところか損失を被ったとしても、リスクを予測していなかったので不合理な決断だったなどということは、契約の基本的な考え方からすれば、原則として許されない（6（c）第一―第三も参照）。しかも、このような業者には、契約修正機能によつて保護する必要性がないことは明白であるから、三二条による契約補完機能を強行規定的に発動する根拠も存在しない。これに対して、通常の賃借人の単なる賃料支払約束は、契約期間中の賃料相場変動リスクを負担したとは普通評価できないから、三二条による契約補完機能を発動する根拠がある。さらに、賃借人保護の要請がないことが明らかでなければ、三二条の契約修正機能を発動する根拠も存在する。このように、賃料保証約束と単なる賃料支払約束とは、まったく異質なものである。岡内や奈良の議論は、誰がどういふ状況で行った約束かを意図的に無視した抽象化を施して、両者の相違を曖昧にする不当なものである。

金山が、一方で賃料自動増額改定特約と賃料保証特約は概念的に別ものであるとしながら、賃料自動増額改定特約の存在から賃料保証特約を典型的に推認すべきであるとしている点にも、前後矛盾するとする批判(奈良(中)七二頁、七五頁注34)や、賃料自動増額改定特約は通常の賃貸借契約にも広く存在しているとの批判(岡内二二―二三頁)がある。しかし、これらの批判に対しても、先ほどと同様の反論が可能である。同じ賃料自動増額改定特約であっても、サブリース契約と通常の賃貸借契約では、意味合いが異なるのである。

(3) 市場修正機能説

(a) 吉田は、三三二条の立法趣旨や機能を詳細に分析し、同条が強行規定的性格を獲得するのは、パターナリスティックな配慮に基づく「市場修正機能」ゆえであり、これを正当化するのは、基本的には社会的弱者としての賃借人保護の要請と当事者間の公平の確保であるとする。さらに、サブリース契約には、長期間の継続性があるため、事情の変更にもかかわらず対価に関する市場的决定が排除される可能性がある点で、賃貸借契約との類似性がある。そのため、三三二条の類推適用の可能性は一応存在する。しかし、業者には特別の保護の要請は見出せず、当事者が時間をかけて合意した特約によるリスク分担のあり方を裁判所が賃貸人に不利な方向で修正することは、むしろ公平に反する。それゆえ、「市場修正機能」を発揮するような三三二条の類推適用は、原則として認めるべきでない。例外的に類推適用が認められる場合にも、契約締結の勧誘やその後の業者の行為態様の不誠実性を信義則上考慮して、減額を否定したり減額幅を圧縮する(修正適用説を採る)べきである、と結論する。吉田のこのような考え方を、本稿では、「市場修正機能説」と呼んでおく。

(b) 市場修正機能説は、三三二条の強行規定的性格の構造を初めて詳細に分析して、市場的决定の補完と修正という二面(借地借家法自体に市民法的性格と社会法的性格が混在していることを反映している)を析出した。この分析に基づき、賃料

保証特約が同条にもかかわらず有効である理由を明確にした点で、この考え方はきわめて優れている。本稿は、この説に大きな影響を受けている。また、三二条の類推適用が排除される場合のみならず類推適用がなされる場合をも考慮している点で、問題性の顕著な典型的事例とそれ以外とで極端な結論の差異を生じるとの批判を回避できる可能性を示している。

(c) 市場修正機能説の難点を強いて指摘すれば、第一に、「市場的決定」「市場補完機能」「市場修正機能」という用語法である。吉田の議論にとって重要なのは、法にとって外在的な経済的観点ではなく、契約という当事者の私的自治的な決定である。ところが、これらの用語には、市場機構自体を問題にしているかのような響きがあり、誤解を生みかねない。むしろ、契約という民法固有の用語を用い、リスク配分やリスク引受け・契約の重みとの関連を強調した方が良だろう。第二に、吉田の言う市場補完機能（私の用語では契約補完機能）も強行規定性を基礎づけることである。賃料相場変動のリスクを自覚的に引き受けたかどうかで、市場補完的機能が発動すべきかどうかが決まる。社会的弱者保護が問題にならず市場修正機能の発動が不要な場合であっても、自覚的なリスク引き受けと評価できないときには、賃料支払約束の存在にもかかわらず、同条は強行規定的に介入する根拠も必要性もある。吉田論文には、同じ方向を志向するはずの担保給付説に対する評価がほとんどないのが気になるが、契約の観点を正面に出し、リスク配分やリスク引受けの観点を考慮することで、担保給付説の長所と三二条の構造分析を連携することができるように思われる。

第三に、吉田が修正適用説を容れるのはせいぜい次善の策のように思われる。しかし、サブリース契約の多様性を正面から認めるなら、賃料保証特約が認められて三二条の類推適用が否定される処理と、特約が存在せず三二条の類推適用（本稿の表現では修正適用）が肯定されるが業者の違法な勧誘態様を理由に減額の否定・制限を行う処理は、並行して認めて良いように思われる。

(1) 基本的な視点

出発点に置くべきは、私的自治と不可分に結びついた自己責任（契約による約束の重み）であり、「契約は守られるべし」という単純ではあるが資本主義経済社会を法的な面で支える基本原則である。種々のリスク、とりわけ契約目的物の価格変動のリスクや、それによって自己の事業収支が左右されるリスクは、対価の支払約束をした者が負担するのが原則である。サブリース契約において、業者が賃料相場の急速な下落や長期低落を予測できなかったとしても、相場上昇時の利益だけを取得して下降時の損失を負わないとの主張も、価格変動リスクの存在を知らなかったという言い訳も通用しない。さらに、業者が予測外れにより大きな損失を被ったのは、賃料相場動向の読み誤りによって事業収益ががらないことに基づくものであって、賃借人が賃借建物を用いて行う事業が失敗した場合と本質的には変わりがなく、損失の分担を契約相手方に求めることはできない。業者が、本来なら不可能なはずの損失分担を求める根拠は、サブリース契約が少なくとも賃貸借契約の要素を含み、「契約の条件にもかかわらず」と強行規定的な文言を持つ三二条が適用されるという一点に絞られる。

(2) 借地借家法三二条の趣旨と強行規定性

三二条が「契約は守られるべし」という基本原則を修正する根拠は、7で詳述したように、契約補完的なものと契約修正的なものの二面性を持つ。このように三二条の趣旨を読み解くと、逆に、契約修正機能を発動する必要がなく、かつ、契約補完機能の発動の前提が欠けている場合には、同条を強行規定的に適用して基本原則を修正する必要もなければ、根拠も失われる。

(3) サブリース契約の特性と賃料保証特約

サブリース契約が登場する以前には、大規模なビルなどの賃貸借事業は、建物所有者自身が賃貸するか、不動産管理業者に管理を委託する形で行われていた。その場合には、賃借人が見つからないリスク（以後空室リスクと言う）も賃料相場変動のリスクも、建物所有者が負担する。不動産業者は、自ら巨額の資本を投下して建物を建設し、所有者 \parallel 賃借人としてのリスクを負担するか、管理受託者として、リスクを負わない代わりに一定額の管理手数料に甘んじるかのいずれかであった。

転貸形式を採用すると、空室リスクは、もっぱら賃借人 \parallel 転貸人の事業リスクに含まれることになるから、建物所有者 \parallel 賃借人は、空室リスクを負わなくなる^{④7}。業者は、賃料と転賃料の差額が管理手数料以上になるように契約条件を定め、獲得可能な利益を増大させることで、空室リスクを補う。建物所有者の側では、空室リスクを負わなくなることで賃料収入の安定を得るから、管理委託方式の場合よりも賃料額が低く定められることに甘んじる。転貸形式採用によるリスク配分の変更には、このように経済合理性がある。賃借人 \parallel 転貸人である業者は、建物所有者 \parallel 賃借人との間の契約において、比較的短期間を単位とする契約期間もしくは賃料据置期間を定め、賃料改定条項を入れるのが普通であるから、転借人との関係で三二条によって賃料相場変動リスクを負っても、そのようなリスクは（多少の時間差はあれ）建物所有者に転嫁でき、問題は顕在化しない。転賃料の七〇％というように賃料額を転賃料に連動させるいわゆるガラス張り方式の賃料約定があれば、賃料相場変動リスクは最初から建物所有者が負うことになる。いずれにしても、こうした賃料約定が契約で定められている場合には、三二条が介入する必要性も根拠も乏しい。

賃料相場変動リスクが建物所有者に転嫁されるか、最初から建物所有者が負うということは、賃料変動相場の上昇に伴い転賃料収入が高くなっても、収入を得るための必要経費として賃借人に支払う賃料もまた連動して上昇するので、収益増大のかなりの部分が建物所有者に帰することを意味する。業者が、より大きな収益増大の利益を得るには、自ら

建物を建てて賃貸人となるか、転貸料と賃料との連動を断ち切る必要がある。好景気で物価が上昇し地価がそれ以上の率で上がっている時には、土地取得や建物建設費の負担が大きいから、後者の道が選択される。すなわち、いわゆる仕切方式の賃料保証特約は、(賃料自動増額特約を含めて)一定額しか賃料を支払わないという賃料不増額特約の性格を持ち、転貸料がそれ以上に上昇した場合の差額を業者が確保するためのものである。業者は、長期の賃料保証特約によって、同業他社に対する競争力を強化し、自ら建物建築・保有の負担を負うことなく、賃貸人に、契約を締結させることが可能になった。一方、賃貸人が、賃料相場の上昇によって増加する収益取得の機会を放棄するのみならず、場合によって、巨額の建築資金借入れをすることによるリスクを甘受したのは、賃料保証特約によって長期の安定的な賃料収入が確保でき、借入金の返済をして余りある利益があがると判断したからである。

このように、賃料保証特約を伴うサブリース契約は、まさしく、予測不可能な賃料相場変動リスクを保証賃料による安定と交換することを本質的な内容としている。両当事者の利害と意思は合致しており、契約内容には経済合理性がある。また、デリバティブ取引と呼ばれる金融取引を想起すれば、このようにリスク自体を取引する契約が、有用で有効であることは疑いないところである。⁴⁸⁾

短期間を単位とする賃料改定条項やガラス張り方式の賃料約定を行うことも可能であったにもかかわらず、業者があえて長期にわたる一定額以上の賃料支払特約に合意したのは、賃料自動増額改定特約だけが明示的に認められる場合も含め、賃料保証特約を行って賃料相場変動リスクを引き受ける明確な意思決定にほかならない。賃借人の社会経済的地位、契約締結交渉の過程、契約内容の経済合理性など、どの点をとっても、賃借人保護の要請が働く場面でないことは一義的に明確である。したがって、賃料自動増額改定特約も賃料保証特約も有効であって、三二条による減額請求は認められない。なお、この場合には、不法行為的衡量から損害の転嫁や分配を問題にするものでなく、約束の履行責任を追及しているのであるから、土地所有者が建物を新たに建築したのかどうかは、問題の処理を振り分ける基準とはなら

ない。

(4) 賃料保証特約を欠く場合

賃料保証特約による賃料相場変動リスクの引受けがあったことが、三二条の適用を否定する理由であるとする、そうした特約がなければ、三二条が適用されることになる。しかしながら、賃貸人が、契約締結交渉時の業者従業員の勧誘行為によって、賃料保証がなされることを誤信して契約した場合などには、修正適用によって、減額幅を制限する処理を行うべきである。ただ、三二条の強行規定性を限定的に解する本稿の立場からすれば、この処理は清水のように信義則を持ち出さなくてもよく、業者の勧誘態様に対する不法行為的衡量やサブリース契約締結の諸事情を、三二条の枠内で考慮することで行えばよい。

⑧ 亀井洋一「最三小判平成九年二月二五日判批」銀法五七九号七九一八〇頁（二〇〇〇年）が次のように整理している。(a)当該契約に借地借家法三二条は適用されるかにつき、①当該契約は、賃貸借契約に当たるか。②賃貸借契約であるとして、借地借家法は適用されるか。③借地借家法の適用が排除されないとして、同三二条は適用されるか。④同三二条が適用されるとして、不当の判断または増減額の基準は通常の賃貸借と異なるか。⑤同法三二条の適用が、信義則上認められない場合はあるか。(b)当事者間での賃料不減額特約に効力が認められるかにつき、⑥当該契約上、賃料不減額特約があったといえるか。⑦賃料不減額特約及び賃料自動増額特約は事情変更の原則により修正されたか。(a)(b)共通の論点として、⑧賃料不減額特約及び賃料自動増額特約は有効か（借地借家法が適用されるとした場合に、その強行規定性に反しないか）。⑨特約が有効であるとして、特約と借地借家法三二条のどちらが、どこまで優先するのかが、

⑨ とりわけ、清水①②③の分析が詳しく、清水①②に依拠した奈良は個々の学説の主張の要旨と問題点を丁寧にまとめている。また、金山は、担保給付という独自の観点から、対立点を巧みに切り分け、理論的に深い考察を加えている。

⑩ 最近の東京高判平成四年三月五日に対する判時一七七六号七三頁のコメント。

⑪ 具体的には、東京地判平成四年五月二五日判時一四五三号一三九頁（中野①）、東京地判平成七年一月二三日判時一五五七号一三三頁（清水①A）中野②、東京地判平成七年九月七日判タ九〇六号二五四頁（中野④）、東京地判平成七年九月二〇日判タ九〇二号一四頁（中野⑥）、升田純「サブリースに関する最高裁判決の意義」金法一六九三号六三頁（七〇一七四頁）には、サブリース契約紛争裁判例の事案と判旨の要約が掲載され

- ていて便利であるが、この一覽にある東京地判平成一〇年八月二七日判時一六五五号一三八頁と同事件の控訴審である東京高判平成一二年一〇月六日金判一〇七九号二六頁(同論文の整理番号では「10」と「17」)は、サブリース契約の事例ではなく、賃貸借契約の事例である(後掲注⑬で紹介)。
- ⑫ 前掲注⑥の最高裁決定はこの上告審であるが、実体的判断をまったく含まないので取りあげない。
- ⑬ 岡内は、当事者間の賃料に関する合意いかんでは、減額請求が認められない場合があるという。この点を重視すれば、後述するIV型の処理と近接するように見える(金山(2)二三頁の岡内評価参照)。しかし、岡内が賃料に関する合意は賃貸借一般にみられるものであり、サブリース契約においても賃料不減額の合意の意味での賃料保証特約は存在せず、サブリース契約特有の事情で鑑定評価額を大きく増額させるべきものは存しないであろうと述べていること、訴訟で業者側代理人としてサブリース契約の特殊性を否定する主張をしていること等を考えると、やはり道垣内とはほぼ同旨と理解してよいだろう。また、奈良は、清水①②に全面的に依拠しているが、適用否定説を批判することだけに注力していて、清水が適用否定説と共有している価値判断を捨象している。やはり訴訟で業者側代理人を努めていることも考えると、単純適用説の範疇に入る。
- ⑭ もっとも、吉田三四八―三四九頁は、「百歩譲って、公平の観点を根拠に法三二条類推適用の可能性を肯定した」場合として、III型の処理をも考慮している。
- ⑮ 吉田三三二頁。同論文も指摘するように、⑫⑬も純粹の単純適用説でないのは明らかである。
- ⑯ 清水①(下)五〇―五一頁は二〇もの考慮要素を析出している。
- ⑰ 判タ一〇六八号二二五頁のコメント。
- ⑱ 本件契約には、転賃料の八五%相当額を賃料額とするが、「ただし、賃貸借契約開始後七ヶ月以降の年間賃料総額は、下記算式により算出した金額を下回らない」という約定があり、⑳は、この特約に沿った三年目以降の増額された確定額賃料(実際は三年目以前を減額し、当初賃料額に復帰する旨と解している)を肯定しているからである。
- ㉑ たとえば、賃料自動増額改定特約は、一般の賃貸借契約にも広く用いられている一方、サブリース契約でも用いられていないことが少なくなく、サブリース契約特有のものとは言えないと指摘されている。もっとも、後に8(2)㉑で検討するように、このような指摘には問題がある。
- ㉒ サブリース契約の特殊性を定型的に考慮して、不相当要件が充たされるのは「著しく不相当であると認められる」場合に限るとする座談会「山野目」四七頁は、V型の処理とほとんど同じともいえる。しかし、この考え方は、あくまで三二条の適用は否定しないので、事情変更の原則が適用されるには至らないときでも、厳格化された不相当要件が充たされれば、減額処理を否定しないことになる。
- ㉓ なお、近年、典型契約の任意規定には半強行規定的機能が認められるとする見解が有力で、私もそれに賛成するが、この見解は、消費者契約など社会・経済的な当事者間の力の不均衡な場合を論じるものであって、業者が所有者と同等以上の力を持つ場合が普通であるサブリース契約の場合には妥当しない。
- ㉔ 近江六二頁、一〇〇頁、一〇四頁以下も、専門家でも予測不可能な経済変動であることを強調している。もっとも、訴訟における業者側の鑑定意

見書を基礎として書かれた論文であるという性格からか、業者の勧誘態様の問題性には一切触れておらず、この点で、清水とはおよそ事態の認識が異なる。

⑳ 清水の議論の多くは強い説得力をも持っておりおおいに参照に値するが、とりわけ清水②や清水③の後半に見られる論証を欠いた一般論とこれを援用した議論の正当化という手法には、強い違和感を禁じえない。

㉑ すでに一九八七年三月二十五日付日本経済新聞朝刊第五面は、財団法人建設経済研究所の分析結果を紹介し、都内のオフィスビル不足には心配がないどころか、このままのペースで建設が進めば、二〇〇〇年までに相当の過剰が出る」と報じていた。また、一九八七年頃から、地価やビル賃料の値下がりを感じる記事が目付きだした（例えば東京・大阪の地域を挙げて具体的に数字とコメントを付している同紙一九八八年八月二十八日朝刊第二一面の記事）。さらに、同研究所の常務理事の長谷川徳之輔は、エコノミスト一九八八年三月二日号で、「地価は『長期低落』に入った」と題する論文を公表していた。

㉒ 再交渉義務論と結びつけてより緩やかな適用可能性を主張する北山一六二頁（もつとも一五六―一五七頁は一般的な理解では適用されないとする）と近江九五頁以外は、こぞって同原則の適用を否定する。

㉓ ②③は道垣内三二頁の例示を参考にしている。

㉔ とりわけ事例①において、事態を放置しておいてよいという趣旨でないのは当然であり、ここでは、私法の基本原理の変更による対応が不可能だということにすぎない。

㉕ 単純適用説を採るだけに当然の結論であるが、道垣内三二頁も、業者のリスク負担を理由に②③での減額請求の余地はないと指摘する。金山（三）二〇頁の指摘も同旨。

㉖ 清水①（下）五四頁注88及び注に対応する本文や清水③（下）三二頁は、道垣内三二頁の批判を容れ、理論的な不整合を認める。また、加藤二六頁が、サブリースのリスク保証的性格を理由に、三二条の不当性を極端な事態が生じた場合に限定するとの提案を、同条の解釈としては無理があると評する。金山（二）二三頁の加藤・山野目批判も同旨。修正適用説（清水・加藤・山野目）は、三二条を比較的単純な強行規定だとする理解を出発点としており、サブリース契約の特殊性がなぜ、どういう形で同条の判断に取り込めるのかを十分分析できていない。

㉗ 適用否定説でも、例えば野村六一頁は、減額請求の否定と制限を連続的に捉えることを主張するが、共同事業者間の損失の公平な分担という視角を用いて統合しようとするため、三二条の適用を否定して減額請求を認めない根拠が失われてしまっている。清水③（下）六一頁注128も参照。

㉘ 戒能通孝『借地借家法』六二頁以下、九七頁以下、二二一―二三頁（一九三七年）、渡辺洋三『土地・建物の法律制度（上）』二七〇頁以下（一九六〇年）、鈴木祿彌『借地・借家法の研究Ⅰ』九八頁以下（一九八四年）、幾代通Ⅱ『広中俊雄編『新版注釈民法（15）増補版』三四三―三四六頁（建物保護法前注）『幾代』、六二四―六二六頁（借地法二二条Ⅰ）』『篠塚昭次』、六九二―七〇二頁（借家法一条ノ二Ⅰ）』『三宅正男』、七九三頁（借家法七条）』『篠塚』、八六六―八六八頁、九四五頁（借地借家法二二条Ⅲ、三二条）』『吉田克巳』（一九九六年）、内田勝一『借地借家法制の沿革』稲

葉威雄ほか編『新 借地借家法講座 第一卷 総論・借地編1』三二〇頁（一九九八年）、野村二六一七頁、吉田三三七―三四五頁。

⑳ もつとも、一九二一年の制定時には、そのような観点は正面には出ていない。一九〇九年の建物保護法制定の際、借地権の存続保護を図ろうとした同法の衆議院案は、地主層の利益をより強く反映する貴族院の反対で削除された。同法の名前からもわかるとおり、立法の理由としては、借地権ないし借地人保護ではなく、建物の存続という社会的利益の確保を正面に出さざるをえなかった。借地法による借地権の長期存続保障も、表向きは、借地上に建築された建物の存続保障を中心に構成されていた。借地法の制定は、借地を利用する新興産業資本家層の建物所有権保護の要請に後押しされたものであった。

㉑ 地代家賃に対する規制は、一九三九年の地代家賃統制令による。これは、戦時体制下での物価統制・資金抑制の一環として制定された経済法であり、私法レベルの規律ではない。

㉒ このほか、増成一〇一頁は、賃借権の存続保障と引き換えに認められた増額請求権の場合と異なり、賃借人は解約の自由を制限されていないから、貸主に採算割れを来すような賃料減額請求は認められない、と主張する。しかし、この見解には多くの問題がある。①居住や営業継続の利益を放棄することには様々な不利益があるからこそ、借地借家法は賃借人に手厚い保護を与えてきた（簡単なエッセイだが、松岡久和「引越」金判一五五―一五九二頁（二〇〇二年）を参照）。法律的に解約が自由であるといっても、そのことで単純に交渉力が同等にまで回復するわけではない（増成自身も一〇二頁注23でそのことを認めている）。②両当事者が賃料相場変動リスクを自覚的に負担したといえない場合には、同様に賃料支払い約定の拘束力を否定する根拠は、両当事者に平等に開かれてしかるべきであり、賃借人の減額請求を制限する理由はない。まして、社会的弱者とみうる賃借人は交渉力に欠け、賃料相場変動リスクを認識しないまま賃料支払いを約することが通常であろうから、事実上引越が容易ではないことを考えると、賃料減額請求を制限しないのが賃借人を保護する借地借家法の趣旨に合致する。③増成は、サブリース業者の賃料減額請求を否定しない制限する理由付けとして、上記の理解を主張するが、賃借人である業者側も採算割れで苦しんでいることを捨象する理由付けに欠け、説得力がない。④サブリース契約では、長期の解約禁止特約が存在するのが普通で、業者には契約離脱の自由はない。増成の論理では、その狙いとは裏腹に、サブリース契約だからこそ減額請求を認める理由があることになってしまう。㉓は、賃貸人が自由に解約できる場合には、解約制限と組み合わせられた三二二条の増減額請求権による賃料規制も適用されないとし、増成とは逆方向から、三二二条の不適用を基礎づけようとしている。しかし、増額請求権が解約や更新拒絶の自由の制限の理め合わせであるという関連性は、減額請求権と解約・更新拒絶の自由の制限の間には妥当しない。仮にそのような関連性があるとして、「解約・更新拒絶の自由が制限されているなら増減額請求権が（強行規定的に）認められる」という命題が成り立つとしても、「解約・更新拒絶の自由が制限されないならば増減額請求権が（強行規定的に）認められることはない」という逆命題は、必ずしも真ではない。この逆命題が一般的に成り立つことはならん論証されていない。さらに、仮にこの逆命題が成り立つとしても、本件は、一〇年間が解約禁止になっている契約であるから、増減額請求権が認められないのは一〇年日以降の更新された契約であって、解約できない一〇年間の賃料については、右㉔の理由から、むしろ増減額請求が許されることになってしまう。

③⑤ 升田二頁以下、清水①（中）五五―六四頁が詳しい。なお、最一小判平成一五年六月二日民集五七卷六号五九五頁は、地代等の減額請求の事案で、地代等の自動増額改定特約があつても、その改定基準を定めるにあつて基礎とされていた事情が失われることにより、同特約によつて地代等の額を定めることが借地借家法一一条の規定の趣旨に照らして不相当なものとなつた場合には、この特約の効力を争う当事者は、同特約に拘束されず、地代等減額請求権を行使することができる、と判示して、裁判例の大勢の処理を肯定した。この判決は、サブリースに関する三つの最高裁判決にも大きな影響を及ぼしており、その位置づけについては、三で考察する。

③⑥ 経緯につき、法務省民事局参事官室編「借地・借家法改正要綱試案」別冊NB L二二号一四頁、一六一―一七頁、四三―四四頁、五三頁、一三二―一三六頁、一六一―一六二頁、一九九頁（一九九〇年）、同「二問一答新しい借地借家法」一三三頁、一九二頁（一九九二年）。

③⑦ 升永英俊「保障賃料に対する減額請求の当否・相当賃料額の判断基準たる衡平の意味」銀法六二六号九頁（二〇〇三年）による改正法の位置づけも同旨である。

③⑧ サブリース契約の賃借借約性を否定する見解に忠実に考えるなら、賃貸人・賃借人・転借人・賃料・敷金等の用語も改める必要があるが、確定した呼び方がないので、とりあえずは、賃借借約と同じ用語を用いることにする。

③⑨ 澤野は、サブリース契約の類型を、①総合事業受託方式、②賃貸事業受託方式、③転貸方式の三つに分け、①は組合類似の契約、②は準委任・請負・賃貸借の要素を含む混合契約であるとする。内田は、契約性質論には深く立ち入らず、共同事業の実質を強調して賃貸借契約とは異なるとする。野村は、サブリース契約は無名契約であり、賃貸借契約に関する種々の規定の類推適用の是非を条項毎に検討する方法を採る。下森は、サブリース契約は、売買・賃貸借・請負・委任の要素が複合した契約であり、建物利用権取得とその対価の支払いという賃貸借契約の要素に相当する部分は、建物賃借権委譲や管理保守委託・不動産管理のノウハウの提供とその対価の支払いである、とする。

④⑩ すべての指摘に賛同するわけではないが、奈良（下）六五―六八頁の詳細な平井説批判及び吉田三五三頁注24の要点を突いた批判を参照。

④⑪ のみならず、民法のような形式的平等を基調とする市民法の論理が前提とされている法においてすら、社会的経済的な力関係の格差ゆえに当事者が立場の互換性を欠いて、形式的平等を貫いたのでは不合理な結論に至る場合には、立法を待たずに解釈によって、弱者を保護し強者にハンディを課すことが行われてきた。公序良俗論の発展による経済的公序論の登場、不法行為における専門家や事業者の義務の厳格化、因果関係や過失の事実上の推定等々、例に事欠かない。ハイリスク・ハイリターンへの投資契約につき業者が素人相手に違法な勧誘を行った場合など、清水自身も、そうした立派な努力を重ねてきたものではなかったか。

④⑫ 金山（二）二二頁が引用する於保二雄「新訂債権総論」二六頁（一九七二年）。

④⑬ 法教論文（前掲注⑦）二六頁で、転貸型投機賃貸借という限定要件に賛意を表した点は改める。私自身、三二条の分析に欠けるところがあつたためである（次注を参照）。三二条の性格の分析結果からすれば、三三条が不適用になるのはサブリース契約に限られない。例えば、賃借人自身が使用しているのでサブリース契約ではないが、賃貸借契約締結に際して一〇〇回以上も交渉が持たれて基本合意が形成された後、関連紛争の仮処分事

件で和解により賃料自動増額改定特約を含む契約が結ばれた事例で、東京地判平成一〇年八月二七日判時一六五五号一三八頁は、賃料額が不相当になるには至っていないとし、控訴審の東京高判平成一一一年一〇月六日金判一〇七九号二六頁は、減額請求権不行使の合意の無効を主張して減額請求権の行使をすることは、信義則に反して許されない、と判示した。これは、端的に三三二条が適用されないとよかった事例だと考えられる。ほかにも、いわゆる保証金システムの事例（東京地判平成八年一月一九日判時一六一九号九頁、同控訴審、東京高判平成一〇年二月二日判時一六七八号八六頁。マンション利用者には保証金預託以外の賃料支払義務はなく、所有者はその保証金の運用利益を得るという契約は、賃貸借類似の契約であるが、契約の性質上、借家法七条は類推適用の余地もなく、利用権設定者は増額請求をなさないとした。や、いわゆるオーダーリースの事例（東京高判平成一五年二月一三日金法一六七二号三三頁。賃借人の指定する使用により賃借人が建物を建築してする賃貸借の場合、当該建物の汎用性が限定されていて、契約期間が途中で終了したり賃料が途中で大幅に減額されれば賃借人は建築費等の投下資金の回収ができないので、賃料改定を「著しく不相当となった」と限定する特約は有効であり、賃借人は賃料減額請求ができないとした）でも、同様に、三三二条の不適用を正面から認めるべきではないかと思う。

④④ 法教論文（前掲注⑦）では不十分だった三三二条の構造分析は、吉田論文の影響下に本稿で補完したものである。

④⑤ 単純適用説の論者は、適用否定説の論拠が結局のところ「約束したことは守れ」という点に尽きるとして、例えば、近江九七頁は、「契約的エゴ」の表現にすぎないとまで言う。しかし、業者は、家賃水準の急速な低下や長期低迷を予測できなかったと主張しているのだから、三三二条によって減額請求をすることを予期も期待もしていなかったことになる。逆に、もしそれを予期しながら、最低賃料を保証すると特約したなら、これは詐欺まがいの悪質な勧誘である。そうだとすれば、予期も期待もしていなかった三三二条を持ち出して、予測が外れた結果の損失を自らの約束を反故にして相手方に求めるという方が、よほどエゴイスティックな主張である。適用否定説の論拠が結局のところ「約束したことは守れ」という点に尽きるといふのは、民法の基本原則に忠実であるということであって、非難の理由にはならない。

④⑥ 正確に言えば、価格変動により利益をあげる可能性と損失を被る危険性であり、前者をチャンス、後者をリスクと呼ぶこともあるが、この意味でのチャンスとリスクは表裏一体であり、どちらの結果がでるか分からない不安定な状態をリスクと表現しておく。

④⑦ この場合、ことさらに空室保証という言葉が用いられても、当然のことを規律したままであり、賃借人にとつての意義はない。むしろ、新築建物の場合、転借人はテナント募集に応じて徐々に入居するので、竣工後一定期間内は、賃料を減額すると賃借人が空室リスクを負わない（現に入居した転借人からの転賃料収入に比例した賃料とする）という意味で空室保証特約が用いられることも多い。この空室保証特約は、賃借人が本来負う空室リスクを変更する点で、もっぱら賃借人にとつて意義がある。

④⑧ サブリース契約がリスク自体を取引の対象とするという性格規定は、すでに浅生五頁、九頁が鋭く指摘していた。

三 最高裁平成二五年一〇月判決の意義と射程

1 最高裁判決の概要

本節では、三件の最高裁判決の事案と訴訟の経緯をまとめ、判決要旨を抜粋する。判決要旨には、ア₁オの符号を付け、次節での分析・検討の際には、「ア第〇段落」の形で指示する。

(1) 最三小判平成二五年一〇月二日金判一二七七号四頁（センチュータワー事件と略称し、本判決を①判決と呼ぶ）

(a) 事件の概要と訴訟の経緯は次のとおり。

X（不動産賃貸業を営むセンチュータワー株式会社）は、昭和六一年頃、本件土地上に賃貸用高層ビルの建築を計画し、著名な建築家に設計を依頼した。昭和六二年、XはY（住友不動産株式会社）から、サブリース契約の提案を受け、交渉を進めた結果、昭和六三年末には、後記の本契約と同一内容の賃貸借契約の予約が成立した。Xは、予約で約定した四九億円の敷金のうち一七億円の預託を受け、本件建物を建築した。請負代金や設計料のうち、敷金で賄えなかった一八億円は銀行融資を受けた。本件建物は、平成三年に完成し、Xは、期間一五年（更新有）・中途解約禁止とする本契約を締結して、Yに本件賃貸部分を引き渡した。賃料は年額二〇億円で毎月均等払いとされたが、契約には賃料に關して、本件建物竣工時から三年を経過するごとに、その直前の賃料の一〇%相当額の値上げをする旨の賃料自動増額改定特約と、急激なインフレ、その他経済事情に著しい変動があった結果、値上げ率及び敷金が不相当になったときは、協議のうえ、値上げ率を変更することができる旨の調整条項が置かれた。

平成六年二月から平成一一年二月にかけて、YはXに対し、四度にわたり、賃料を減額するべき旨の意思表示をし

(最後の減額請求での主張額は年額五億円強)、一部減額した額をXに支払ってきた。Xは、契約条項に基づき敷金を差額に充当したうえで、主位的には、敷金の不足分と未払賃料の支払いを、予備的には不法行為または債務不履行に基づく同額の損害賠償を、Yに対して請求した。これに対し、Yは、反訴として、減額後の賃料額の確認を求めた。

第一審¹⁰は、本件契約の賃料自動増額改定特約や調整条項は、相場の大幅な下落の場合にも適用されることを想定しており、賃料不減額特約の側面を有するが、本件契約は三二条が適用を予定する建物賃貸借としての実体を備えておらず、三二条は適用されない。一般の事情変更の原則を適用する余地もない、としてXの請求を認容し、Yの反訴請求を棄却した。

第二審¹¹は、本件契約は賃貸事業受託方式の共同事業契約であるから、借地借家法は契約の目的・機能・性質に反しない限度でのみ適用される。三二条は調整条項で修正され、手続や請求権行使の効果など限定された範囲でのみ適用される。もともと、両当事者は、賃料相場が著しい低下を来す事態を想定しておらず、当初賃料の引き下げを認める合意はないが、値上げ率を一〇%以下に切り下げないとの合意もなく、調整条項は、賃料値上げ率の決定についても妥当する。不動産市場や賃貸ビル市場の著しいマイナス変動により、賃料と転賃料との間に不合理な著しい乖離が生じているから、Yの減額請求は、調整条項による値上げ率を〇%とする限度で効力がある、としてXの請求を一部認容に変更し、Yの反訴請求は棄却した。XY双方が上告した。

(b) 判決要旨

破棄差戻し。

ア 「本件契約における合意の内容は、XがYに対して本件賃貸部分を使用収益させ、YがXに対してその対価として賃料を支払うというものであり、本件契約は、建物の賃貸借契約であることが明らかであるから、本件契約には、借地借家法が適用され、同法三二条の規定も適用されるものというべきである。

本件契約には本件賃料自動増額特約が存するが、借地借家法三二条一項の規定は、強行法規であつて、本件賃料自動増額特約によつてもその適用を排除することができないものであるから（最高裁昭和二十八年(特)第八六一号同三二年五月一日第三小法廷判決・民集一〇卷五号四九六頁、最高裁昭和五四年(特)第五九三号同五六年四月二〇日第二小法廷判決・民集三五卷三号六五六頁参照）、本件契約の当事者は、本件賃料自動増額特約が存するとしても、そのことにより直ちに上記規定に基づく賃料増減額請求権の行使が妨げられるものではない。

なお、前記の事実関係によれば、本件契約は、不動産賃貸等を目的とする会社であるYが、Xの建築した建物で転賃事業を行うために締結したものであり、あらかじめ、YとXとの間において賃貸期間、当初賃料及び賃料の改定等についての協議を調べ、Xが、その協議の結果を前提とした収支予測の下に、建築資金としてYから約五〇億円の敷金の預託を受けるとともに、金融機関から約一八〇億円の融資を受けて、Xの所有する土地上に本件建物を建築することを内容とするものであり、いわゆるサプリース契約と称されるものの一つであると認められる。そして、本件契約は、Yの転賃事業の一部を構成するものであり、本件契約における賃料額及び本件賃料自動増額特約等に係る約定は、XがYの転賃事業のために多額の資本を投下する前提となつたものであつて、本件契約における重要な要素であつたといふことができる。これらの事情は、本件契約の当事者が、前記の当初賃料額を決定する際の重要な要素となつた事情であるから、衡平の見地に照らし、借地借家法三二条一項の規定に基づく賃料減額請求の当否（同項所定の賃料増減額請求権行使の要件充足の有無）及び相当賃料額を判断する場合に、重要な事情として十分に考慮されるべきである。」

イ 「以上により、Yは、借地借家法三二条一項の規定により、本件賃貸部分の賃料の減額を求めることができる。

そして、上記のとおり、この減額請求の当否及び相当賃料額を判断するに当たつては、賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情その他諸般の事情を総合的に考慮すべきであり、本件契約において賃料額が決定されるに至つた経緯や賃料自動増額特約が付されるに至つた事情、とりわけ、当該約定賃料額と当時の近傍同種の建物の賃料相場との関

係（賃料相場とのかい離の有無、程度等）、Yの転貸事業における収支予測にかかわる事情（賃料の転貸収入に占める割合の推移の見通しについての当事者の認識等）、Xの敷金及び銀行借入金の返済の予定にかかわる事情等をも十分に考慮すべきである。」

なお、藤田宙靖裁判官の補足意見がある。若干長いが、最高裁判決の意義と射程を見定めるうえで重要な役割を果たすと思われるので、全部引用することにし、次節での分析・検討の際は、藤田第○段落という形で指示する。

「本件契約のようないわゆるサブリース契約については、これまで、当事者間における合意の内容、すなわち締結された契約の法的内容はどのようなものであったかという、意思解釈上の問題がしばしば争われており、本件においても同様である。そして、その際、サブリース契約については借地借家法三二条の適用はないと主張する見解（以下「否定説」という。本件におけるXの主張）は、おおむね、両当事者間に残されている契約書上の「賃貸借契約」との表示は単に形式的・表面的なものであるにすぎず、両当事者間における合意の内容は、単なる建物賃貸借契約にとどまるものではない旨を強調する。

しかし、当事者間における契約上の合意の内容について争いがあるとき、これを判断するに際し採られるべき手順は、何よりもまず、契約書として残された文書が存在するか、存在する場合にはその記載内容は何かを確認することであり、その際、まずは契約書の文言が手掛りとなるべきものであることは、疑いを入れないところである。本件の場合、明確に残されているのは、「賃貸借契約書」と称する契約文書であり、そこに盛られた契約条項にも、通常の建物賃貸借契約の場合と取り立てて性格を異にするものは無い。そうであるとすれば、まずは、ここでの契約は通常の（典型契約としての）建物賃貸借契約であると推認するところから出発すべきであるのであって、そうでないとするならば、何故に、どこが（法的に）異なるのかについて、明確な説明がされるのでなければならぬ。

この点、否定説は、いわゆるサブリース契約は、①典型契約としての賃貸借契約ではなく、『不動産賃貸権あるいは

経営権を委譲して共同事業を営む無名契約』である、あるいは、②『ビルの所有権及び不動産管理のノウハウを基礎として共同事業を営む旨を約する無名契約』と解すべきである、等々の理論構成を試みるが、そこで挙げられているサブリース契約の特殊性なるものは、いずれも、①契約を締結するに当たつての経済的動機等、同契約を締結するに至る背景の説明にとどまり、必ずしも十分な法的説明とはいえないものであるか、あるいは、②同契約の性質を建物賃貸借契約（ないし、建物賃貸借契約をその一部に含んだ複合契約）であるとみても、そのことと両立し得る事柄であつて、出発点としての上記の推認を覆し得るものではない。

もつとも、否定説の背景には、サブリース契約に借地借家法三二条を適用したのでは、当事者間に実質的公平を保つことができないとの危惧があることが見て取れる。しかし、上記の契約締結の背景における個々の事情により、実際に不公平が生じ、建物の賃貸人に何らかの救済を与える必要が認められるとしても、それに対処する道は、否定説を採用以外に無いわけではないのであつて、法廷意見が、借地借家法三二条一項による賃料減額請求の当否（同項所定の賃料増減額請求権行使の要件充足の有無）及び相当賃料額の判断に当たり賃料額決定の要素とされた事情等を十分考慮すべき旨を判示していることから明らかなように、民法及び借地借家法によって形成されている賃貸借契約の法システムの中においても、しかるべき解決法を見いだすことが十分にできるのである。そして、さらに、事案によっては、借地借家法の枠外での民法の一般法理、すなわち、信義誠実の原則あるいは不法行為法等々の適用を、個別的に考えて行く可能性も残されている。

いずれにせよ、否定説によらずとも、実質的公平を実現するための法的可能性は、上記のとおり、現行法上様々に残されているのであつて、むしろ、個々の事案に応じた賃貸借契約の法システムの中での解決法や、その他の上記可能性を様々に活用することが可能であることを考慮するならば、一口にサブリース契約といつても、その内容や締結に至る背景が様々に異なり、また、その契約内容も必ずしも一律であるとはいえない契約を、いまだ必ずしもその法的意味

につき精密な理論構成が確立しているようには思えない一種の無名契約等として、通常の賃貸借契約とは異なるカテゴリーに当てはめるよりも、法廷意見のような考え方に立つ方が、一方で、法的安定性の要請に沿うものであるとともに、他方で、より柔軟かつ合理的な問題の処理を可能にする道であると考ええる。」

(2) 最三小判平成一五年一〇月二二日金判一七七号一〇頁（横浜倉庫事件と略称し、本判決を②判決と呼ぶ）

(a) 事件の概要と訴訟の経緯は次のとおり。

Y（倉庫営業を営む横浜倉庫株式会社）は、平成元年一月頃、X（住友不動産株式会社）に対し、本件サブリース契約の提案を受け、交渉を経て、平成三年七月、期間二〇年（更新有）・中途解約禁止とする本件契約を締結した。賃料は年額一八億円で毎月均等払いとされたが、契約には、引渡し後二年毎に、その直前の賃料を八%値上げする旨の賃料自動増額改定特約と、四年経過毎の見直し条項、新賃料は、いかなる場合においても、見直し時の直近一年間の支払賃料額を下回らない額とする旨の賃料保証特約が置かれた。

Yは、本件建物を建築し、Xから預託を受けた敷金二三四億円全額を建築請負代金等の支払いに充てた。平成七年二月二八日にYはXに竣工した本件建物の賃貸部分を引き渡したが、Xはその直前の二月六日に賃料を年額一〇億円に減額する旨の第一次減額請求を行い、さらに平成八年七月八日に賃料を七億円余に減額すべき旨の第二次減額請求を行った。そして、Xは、Yに対して、減額請求の効果により賃料が主張の通りの額であることの確認を求めた。

第一審④は、両当事者は、賃料保証特約等によって、三二条による賃料増減請求の余地を残さない合意をしている。共同事業経営の実質を有する本件契約は、三二条の適用が予定された建物賃貸借としての実体を備えていないから、三二条は適用されない、としてXの請求を棄却した（④と裁判官二名が同一であり、中心部分の論旨は④とほぼ同じ）。

第二審⑤は、本件契約の中心部分は賃貸借契約であり、賃料自動増額特約等があっても、三二条が適用される。本件

における諸般の事情を考慮すると、相当賃料額は、現実の賃料年額一八億円と鑑定結果との差額を三分し、その一をYの負担、その余をXの負担とする方法により定める、としてXの請求を一部認容した。Yのみが上告した。

(b) 判決要旨

原判決を破棄し、第一次減額請求につき請求棄却。第二次減額請求につき、差戻し。

前段は、事件の個別事情である敷金額等を除き、①判決のイの部分と同じなので省略する。

ウ 「借地借家法三二条一項の規定に基づく賃料増減額請求権は、賃貸借契約に基づく建物の使用収益が開始された後において、賃料の額が、同項所定の経済事情の変動等により、又は近傍同種の建物の賃料の額に比較して不相当となつたときに、将来に向かって賃料額の増減を求めるものと解されるから、賃貸借契約の当事者は、契約に基づく使用収益の開始前に、上記規定に基づいて当初賃料の額の増減を求めることはできないものと解すべきである。

そうすると、第一次減額請求は、本件契約に基づき本件賃貸部分がXに引き渡され、Xがその使用収益を開始する前にされたものであるから、この減額請求による賃料の減額を認めることはできない。この点をいう論旨は理由がある。

したがって、第一次減額請求による賃料減額を認め、Xの平成七年三月一日から平成八年七月三十一日までの間の賃料額の確認請求の一部を認容した原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決中、Y敗訴部分のうち、上記期間の賃料額の確認を求める部分は破棄を免れない。そして、この部分に係る請求を棄却した第一審判決は正当であるから、この部分につき、Xの控訴を棄却することとする。また、第二次減額請求の当否及びこれによる相当賃料額は、第一次減額請求による賃料の減額の帰すうを前提として判断すべきものであり、本件においては、前記のとおり、第一次減額請求による賃料の減額を認めることができないのであるから、第一次減額請求による賃料の減額を認めた上で第二次減額請求による賃料の減額を認め、Xの平成八年八月一日以降の賃料額の確認請求の一部を認容した原審の判断にも、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反があり、原判決中、Y敗訴部分のうち、上記賃

料額の確認を求める部分も破棄を免れない。そして、第二次減額請求の当否等について更に審理を尽くさせるため、この部分につき、本件を原審に差し戻すこととする。」

なお、この判決にも藤田宙靖裁判官の補足意見があるが、事件の個別事情を指摘する部分とわずかな表現の違いを除けば、①判決での補足意見と同一である。

(3) 最一小判平成一五年一〇月二三日裁時一三五〇号六頁（個人が賃貸人なので業者の名前で三井不動産販売事件と略称し、本判決を③判決と呼ぶ）

(a) 事件の概要と訴訟の経緯は次のとおり。

昭和六二年、X（三井不動産販売株式会社）はYとの間で、Yが相続によって取得した土地を含む土地の複雑な権利関係を整理して、その上に資金を出し合って共同で賃貸オフィスビルを建築してそれぞれの区分所有とし、同ビルのYの区分所有部分をXが賃借して転貸事業を営むことを計画した。平成四年九月、XがYに対し一〇年間にわたり1㎡当たり月八〇四七円の賃料を保証する旨の合意をし、平成五年三月、確認書を取り交わしたが、保証賃料額は、Yが借入れを予定していたビル建築費用についての銀行融資の返済等を考慮して決定されたため、当時の賃料相場より高額であった。Yは、建築資金として一億円の銀行融資を受け、平成七年三月、Xの関連会社等と共同で本件共有建物を建築し、その区分所有権を取得した。Yは、Xとの間で、賃貸期間一〇年、賃料月額を右確認書と同額の月額一〇六四万円余とする契約を締結し、Xに本件建物を引き渡した。この契約には、XとYは、本件契約が期間満了、解約その他の事由により終了する場合には、転貸借契約における転貸人の地位をYが承継する旨の転貸借承継条項が置かれていた。

契約の際に、賃料減額につき三か月間協議することも合意されたが、結局、協議が調わなかったため、平成七年一〇月に、Xは、賃料を月額五一〇万円弱に減額すべき旨の意思表示を行い、平成八年一月分からは、交渉中にYが提案し

た月額九四〇万円を支払っている。Xが減額された賃料の確認と過払賃料の返還を求めて本訴を提訴したのに対し、Yが保証賃料額の確認を求めて反訴を提起した。

第一審[㊦]は、三二条はサブリース契約にも適用されるが、適用に際しては、共同事業を進めるに当たってなされた賃料保証特約等をも考慮すべきである。本件の合意賃料は、特殊事情により近傍同種の建物の賃料とは関連性の乏しい形で形成されたものであるから、近傍同種の建物の賃料相場が下落し、合意賃料額との乖離の程度がさらに大きくなったとしても、直ちに、三二条の要件の不相当性を充たすものではない、として本訴請求を棄却し、保証賃料の確認を求めらる反訴請求部分をほぼすべて認容した。

Xが控訴し、Yが第一審判決後の未払賃料の支払いを求めて附帯控訴したところ（確認請求のごく一部の請求棄却部分についてはYは控訴していない）、第二審[㊧]は、次のように判示して、Xの本訴請求を棄却し、一〇年経過後の賃料が転賃料の八五%相当額であることの確認を求める追加請求を、将来の確認請求であって訴えの利益を欠くとして却下した。一方、Yの反訴請求については、すべて認容した。すなわち、本件契約は、建物賃貸借契約そのものであるから、借地借家法の適用がある。しかし、三二条と建物賃貸人の解約に正当事由を要求する二八条は、相互に補充し合って借家関係を規律するものであり、仮に賃貸人による解約に制限がない場合には、賃借人が賃料減額の判決を得ても、賃貸人が賃貸借契約を解約することによって、賃料減額の判決の効力が事実上否定されることとなるから、この場合、裁判所が賃料額について審理判断するのは無益であり、賃借人に賃料減額請求権を認める必要もない。本件契約のように転賃目的の賃貸借契約であって、賃貸借契約が終了しても賃貸人が転賃借契約を承継して転賃借人が建物の使用を継続できるものについては、賃貸人が賃貸借契約の解約を申し入れるについて、特別の事情のない限り、解約の正当事由が肯定され、賃貸人による解約に制限はないものと解するのが相当であるから、本件契約では、本来、Yによる解約に制限がなく、賃料減額請求権は認められない。なお、賃貸借契約の当事者がその本来有する解約の自由を一定期間放棄し、その間の

賃料額を固定する合意をしているときには、そこに私的自治が行われているのであるから、裁判所は、これを尊重してその内容に介入してはならず、その結果、当事者は、賃料増減額請求権を行使することができない。Xが上告した。

(b) 判決要旨

原判決を破棄し、原審で追加された部分を除くXの賃料額確認請求・過払賃料返還請求及びYの未払賃料支払請求につき差戻し、Yの賃料保証確認請求部分につき訴え却下。

工 「本件契約が建物賃貸借契約に当たり、これに借地借家法の適用があるという以上、特段の事情のない限り、賃料増減額請求に関する同法三二条も本件契約に適用があるというべきである。

本件契約には賃料保証特約が存し、Xの前記賃料減額請求は、同特約による保証賃料額からの減額を求めるものである。借地借家法三二条一項は、強行法規であつて、賃料保証特約によつてその適用を排除することができないものであるから（最高裁昭和二八年(オ)第八六一号同三二年五月一五日第三小法廷判決・民集一〇卷五号四九六頁、最高裁昭和五四年(オ)第五九三号同五六年四月二〇日第二小法廷判決・民集三五卷三三六五頁参照）、Xは、本件契約に賃料保証特約が存することをもつて直ちに保証賃料額からの減額請求を否定されることはない。

ところで、本件契約は、不動産賃貸業等を営む会社であるXが、土地所有者であるYの建築したビルにおいて転貸事業を行うことを目的とし、Yに対し一定期間の賃料保証を約し、Yにおいて、この賃料保証等を前提とする収支予測の下に多額の銀行融資を受けてビルを建築した上で締結されたものであり、いわゆるサブリース契約と称されるものの一つである。そして、本件契約は、Xの転貸事業の一部を構成するものであり、それ自体が経済取引であるとみることができらるものであり、また、本件契約における賃料保証は、YがXの転貸事業のために多額の資本投下をする前提となつたものであつて、本件契約の基礎となつたものといふことができる。しかし、このような事情は、本件契約に借地借家法三二条が適用されないとする特段の事情ということとはできない。また、本件契約に転貸借継合意が存することによ

って、Yが解約の自由を有するということはできないし、仮に賃貸人が解約の自由を有としても、賃借人の賃料減額請求権の行使が排斥されるということもできない。ただし、賃料減額請求の当否や相当賃料額を判断するに当たっては、賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情を総合考慮すべきであり、特に本件契約においては、上記の賃料保証特約の存在や保証賃料額が決定された事情をも考慮すべきである。」

オ Yの反訴請求は、「本件契約の賃料保証特約につき、賃料保証の期間が平成七年六月二日から平成一七年三月二二日までであり、この間の保証賃料額が月一〇六四万〇八四〇円であることの確認を求めるところ、これは合意の内容の確認を求めるものであって権利又は法律関係の存否の確認を求めるところではない。そして、上記のとおり、賃料保証特約は借地借家法三二条の賃料減額請求を排除するものではないから、賃料保証の期間及び額を確認しても、同期間中の賃料の具体的な額が確定するわけではなく、賃料についてのYの不安や危険が除去されることにも、当事者間の紛争を抜本的に解決することにもならない」。したがって、Yの反訴請求に係る訴えは、確認の利益を欠くものとして不適法である。

2 最高裁判決の意義

三つの最高裁判決には、大きく分けて二つの意義がある。第一に、サブリース契約紛争について多様な見解が対立し裁判例の問題処理も複雑に分かれる中で、最高裁が、借地借家法三二条の（修正）適用による問題処理枠組みを明確に選択したことである。第二は、最高裁が、三二条の要件充足の有無及び相当賃料額決定については諸般の事情を総合的に考慮すべきだとしたうえ、サブリース契約の構造や契約締結に至る事情の特徴を考慮すべき事情として具体的に示したことである。

(1) 問題処理枠組みの選択

最高裁は、問題処理の枠組みとして、適用否定説と単純適用説のいずれをも退け、本稿でいう修正適用説を採用したものとされる。この点については、(a)で分析・検討する。修正適用説の中で、従来の処理類型のⅡ～Ⅳ型(二(2)参照)のいずれか、あるいはいずれに近くどの点を修正しているかについては、さらに分析・検討を要する。これについては、(b)で検討する。

(a) 適用否定説の排斥

(ア) 三判決のうち、センチュリータワー事件の原審¹⁴は、適用否定説のうち、主として非典型契約説を根拠として借地借家法の全面的な適用を否定する構成を採り、三井不動産販売事件の原審¹⁵は、賃貸借契約性を肯定するものの、サブリース契約の特徴を強調し、解約自由との補完関係という論理で三二条の強行規定的介入を否定する理由付けを採って、いずれも減額請求を否定した。

(イ) これに対して、最高裁の法廷意見は、まず、問題となっている契約が賃貸借契約であることを、使用収益とその対価の支払いという賃貸借契約の要素が存在するとの理由で、あっさり肯定している(ア・エの各第一段落)。これを補完する藤田補足意見は、契約上内容について争いがあるときの判断では、契約書が存在すれば、その文言を手がかりとすべきであるとし、「賃貸借契約書」(センチュリータワー事件)や「賃貸借契約予約契約書」(横浜倉庫事件)と称する契約文書の契約条項には、通常の建物賃貸借契約の場合と取り立てて性格を異にするものはない、と指摘する。そして、まずは、契約が通常の典型契約であると推認するところから出発すべきであつて、そうでないなら、なぜどこが法的に異なるのかを(推認を覆したい側から)明確に説明せよとしている(藤田第二段落)。このような判断構造は、ひろく受容されているものと考えられ(例えば後述(エ)で触れる昭和三二年判決がすでにこの旨を説いている)、適用否定説を採る論者も反対しないだろう。この説示は、むしろ、推認を覆す余地を示している点で、単純適用説が主張する硬直な典型契約論

(二五参照)を採用しないことを意味している。

次に、藤田裁判官は、直接的には典型契約性の推認とその反証のみを語っているが、法廷意見は、賃貸借契約であるかその典型契約の要素を含む契約であれば、借地借家法(具体的には当面焦点となっている三二条)が適用されるとの論理を採っている。したがって、反証には、典型契約性を否定する場合と、賃貸借契約に適用される条文の適用を否定する場合の両方が含まれる。③判決が、①②判決とは異なって、「特段の事情のない限り」という文言を挿入しているのは(工第一段落)、原審^四の強調するサブリース契約の特徴は三二条の適用を否定する特段の事情には当たらないとする(工第三段落)と照応しており、同じ推認と反証の構造を念頭に置いていると思われる。①②判決と③判決には、この点で、何らの差異もない。

(ウ) 最高裁は、サブリース契約の内容が確定した契約類型とは見ていない。たしかに、三判決のいずれも、問題になった契約が「いわゆるサブリース契約と称されるもの一つ」であると認めてはいる(ア・エの各第三段落)。サブリース契約という言葉が最高裁判決の法廷意見に登場したのは、おそらく初めてである。しかし、「いわゆるサブリース契約と称される」という表現からも明らかのように、サブリース契約というまとまった法律概念を最高裁が認めたわけではなく、サブリース契約と呼ばれる一群の契約が存在する事実を認めたにすぎない。この点をも、藤田補足意見が補完している。すなわち、藤田裁判官は、下森説・平井説(これらは鑑定意見書として提出されたものである)を取り上げ、そこで挙げられているサブリース契約の特殊性は、契約締結の経済的動機や背景説明であって、必ずしも充分な法的説明とはいえないし、賃貸借契約性ないしその要素を含むことと両立しうるから、借地借家法等が適用される典型契約であるとの推認を覆すに足りない、とする(藤田第三段落)。さらにこれに加えて、サブリース契約が多様な内容と契約締結に至る背景を持っており、その法的な意味について精密な理論構成ははまだ確立していないとも指摘している(藤田第五段落)。これは、サブリース契約が契約類型として未成熟であるという指摘である。非典型契約説に対するこうした

批判は、妥当だと思われる(二八(1)①)。もつとも、サブリース契約という新たな契約類型が今後生成しうることまで、最高裁が否定しているとは断定できない。むしろ、藤田裁判官の補足意見は、今後の理論展開によって精密な構成が確立すれば、独自の契約類型として育っていく余地を認めているように読める。^{④)}

(エ) 法廷意見は、いずれも最三小判昭和三十一年五月五日民集一〇卷五号四九六頁(借家法七条に関する判断)と最二小判昭和五十六年四月二〇日民集三五卷三号五六頁(借地法二二条に関する判断)を先例として引用し、三二条が強行規定であつて、賃料自動増額特約が存在しても(センチュリタワー事件・横浜倉庫事件)、賃料保証特約が存在しても(三井不動産販売事件)、当事者は賃料増減額請求権の行使を妨げないと明言している(ア・エの各第二段落)。^{③)}判決は、これに加えて、(イ)でも触れたように、サブリース契約の特徴も三二条を不適用とする特段の事情には当たらないことを指摘し、さらに、解約自由との補充関係という論理で三二条の強行規定的介入を否定する原審の理由付けを否定している(エ第三段落)。

解約自由との補充関係は説得力の欠ける論理であり、^{③)}判決の原審批判は正当である(前掲注^{④)}後段)。しかし、昭和三十一年と昭和五十六年の最高裁判決を先例として引用している点は、単純にすぎる。いずれの事件も、賃料の増額は当事者協議の上で決定するという約定があれば賃貸人の一方的意思表示による増額は許されない、とした原判決を破棄したものである。協議が調わなければ増額請求ができないとするなら、賃貸人は実質的に増額を封じられることになり、賃料増額請求権を賃貸人に保障した同条の趣旨にも、相当額賃料の支払いを合意した当事者の意思にも反するのである。私のように賃料増減額請求権制度の強行規定的性格を理解する立場からも、これらの事例では、強行規定的な適用が認められてしかるべき場合だったのであり、サブリース契約において一定額以上の支払約束の効力が問題となっている場合とは、事案も争点もまったく異なる。そうした点に何らの配慮も払わず、ただ先例を踏襲する最高裁の態度は、理論的にはきわめて疑問であり、サブリース契約の問題を三二条の枠組みで処理するための引用であると考えざるをえない。

昭和三二年判決や昭和五六年判決では「最近の事案とは異なり賃貸人からの増額請求の可否が争われているが、問題の本質は同じである」との単純な評価^⑤には、とうてい賛成できない。

(オ) 実質的に先例としてより強く三判決に影響を与えたのは、前記二判決より、むしろ借地借家法一条に関する最小判平成一五年六月一二日(前掲注^③)であろう。清水は、「本件三判決は解決済みとなったこれらの問題については詳しく述べる必要がないため、借地借家法三二条が賃料に関する特約に優位することは半ば自明のこととして扱ったのであろう」と指摘し、さらに、「六月判決において一足先にこの一般的な問題が解決されており、本件三判決はその延長上で六月判決の立場を確認したにすぎない」「六月判決の時点で本件三判決の結論は決まっていたといつてよいだろう」とすら評価する^⑥。この指摘は半分は当たっている。しかし、すべて清水の指摘通りだったとすれば、なぜ、①～③判決はどれも六月判決を引用していないのか。六月判決は、バブル経済崩壊に伴い地価が下落し、地代等の改定基準を定めるに当たって基礎となっていた事情が失われた、という状況下での地代自動増額改定特約の効力を扱うものであり、サブリース契約と強い共通性を持ち、先例として引用するのにより適切と感ずるのが自然である。昭和五六年判決も借地法の判例であることから、六月判決が借地借家法二一条の先例であるというのは、引用しない理由にならない。

六月判決の事案はこうである、土地賃借人Xが大規模小売店舗用建物を建築してAの店舗を誘致するため、地主Yから賃貸借期間を三五年とする賃貸借契約を締結した。同契約では権利金・敷金の授受をせず、年額の地代額を当時の地価評価額の八%としたうえ、三年毎の自動地代増額改定特約(初回は一五%増、次回以降一〇%増)を設け、「但し、物価の変動、土地、建物に対する公租公課の増減、その他経済状態の変化により甲(Y)・乙(X)が別途協議するものとする。」という内容の別途協議条項を加えていた。原審は、本件別途協議条項は、地代自動増額改定特約を適用すると、同条項に掲げる経済状態の変化等により、本件各土地の地代が著しく、不相当となる(借地借家法二一条一項にいう「不相当となったとき」では足りない。)ときに、その特約の効力を失わせる約定であると解した。そのうえで、地価は下落してい

るが、諸税が上昇して、本件土地の継続地代の適正評価額は、本件増額特約を適用した地代額の一・一二倍にとどまるから、本件地代が著しく不相当となつたとは言えず、借地借家法一条一項に基づく地代等減額請求はできない、と判示した。これに対して、六月判決は、地代が半分以下になつた時点で、増額特約による地代額決定は借地借家法一条一項の趣旨に照らして不相当なものとなつたとし、相当な地代額を審理させるため、破棄差戻した。

六月判決の事例は、たしかに、賃借人が借りた土地を自ら使用するといつても建物所有目的であり、建物は当初から第三者に貸すことを予定して建築している。借地人とこの第三者との関係は法律上は建物賃貸借であるが、土地について考えれば、実質的には第三者に転貸しているのと等しく、転貸事業を内容とするサブリース契約との類似性が相当ある。しかし、この事例では、地代の自動増額改定特約があるとはいへ、同時に、経済状態の変化に対応する別途協議条項も設けられており、当事者が三五年というきわめて長期にわたつて一定額以上の地代支払いを約束し、地代相場変動のリスクを引き受けたとはとうてい考えられない。これは借地借家法一条が想定した事態であり、同条が適用されて当然であつた。訴訟の形態も、別途協議条項があるにもかかわらず賃借人が応じないので賃借人が減額請求の訴えを起こしたものであり、同判決が一条の強行規定性（強行法規としての実質を持つ）という慎重な表現になっているのも良い）を認める先例として同じ紛争類型である前掲昭和三十一年判決と昭和五十六年判決を引用したのは、適切だつた。これに対して、サブリース契約紛争は、(エ)で指摘したとおり、争点が異なつてゐる。さらに、六月判決の事例では、建物を建てたのは賃借人の方であり、土地所有者は、土地賃貸借契約の締結により、通常の賃貸人が担う以上の負担を負つてゐない。サブリース契約の場合に、土地所有者が賃借人の賃料保証約束等を信じて巨額の投資を行い建物を建築したというのは、まったく利益状況が異なるのである。このように、二で展開した私の考え方からしても、六月判決は正当であり、かつ、サブリース契約紛争事例とは性質を異にするから、先例として引用すべきものではない。

思うに、本件三判決が六月判決を引用していない理由は、後述(2)で論じる三二条の要件充足の問題と密接に係る。

六月判決をそのまま引用すれば、とりわけ市場賃料相場が半分以下に落ちていると想像されるセンチタワール事件（賃借人は当初賃料の約四分の一への減額を主張している）では、それだけで減額請求を認めることにも十分ありえた。しかし、①判決も、②③判決同様、サブリース契約の特徴等を重要な事情として十分に考慮すべきだと指示し（ア第三段落）、この段落でも続くイの段落でも、「相当賃料額」の判断と並んで「減額請求の当否」を繰り返している。こうした点を考慮すれば、本件三判決が直近の六月判決をあえて引用しなかったのは、六月判決の判示内容がそのままサブリース契約の事例に機械的に当てはめられるのを避ける慎重な考慮が働いたためと考えられる。

(b) (修正) 適用説の採用

(ア) 法廷意見は、三二条の強行規定性から直ちに同条の適用の問題に入り、サブリース契約の特徴といえる事情を含めた諸般の事情を総合的に考慮して、三二条の枠内で考慮すべきだとする（ア・エの各第三段落）。これだけでも、単純適用説を排斥したことは明白であるが、藤田補足意見は、さらにこれを補強し、修正適用説を採用する理由を積極的に述べている。すなわち、藤田裁判官は、まず、適用否定説の憂慮するように、サブリース契約に三二条を適用したのは、当事者間の実質的不公平が生じ、建物賃貸人の救済が必要となる場合がありうることに理解を示す。次いで、こうした問題については、民法及び借地借家法によって形成されている賃貸借契約の法システムの中に存在する問題処理として、三二条による個々の事案に応じた解決があり、事案によっては、信義則や不法行為による個別的救済の可能性もある。実質的公平を実現するためには、このような問題処理の方が、法的安定性の要請に沿い、適用否定説より柔軟で合理的である、とする（藤田第四・第五段落）。

(イ) こうして最高裁は、下級審裁判例の中でも最も数の多い修正適用説を採用したものと思われる。その提唱する問題処理は、修正適用説に含まれるⅡ～Ⅳ型の中では、Ⅱ＋Ⅳ型と言ってよい。最高裁の見解は、Ⅱ型のように単に減額幅の縮減にとどまることなく、Ⅳ型のように不相当性要件が充足されないことを理由に減額請求を否定する場合を視野

に入れている。藤田補足意見が、あえて信義則や不法行為による救済の可能性に言及していることからみて、法廷意見は、逆に、三二条の適用結果を信義則を介して不法行為的衡量により修正しようとするⅢ型の処理ではなく、サブリース契約の特殊性を三二条の枠組みの中に広く取り込む構成を提唱していると解される。そして、Ⅲ型の処理によれば、減額処理を否定するのは実際かなり難しいから（二六^(c)第四参照）、最高裁が、Ⅱ+Ⅳ型の処理の意味での修正適用説の考え方を採ったことは、サブリース契約の問題の処理について、適用否定説を退けつつも、同説の志向する解決にかなり近い結論を導ける論理構造を採用した、ということの意味する。

(ウ) では、そのような問題処理枠組みは、なぜ修正適用ではなく、適用にとどまりうるのか。「契約の条件にかかわらず」という文言を理由として同条の強行規定性を強調する理解では、同条によって効力を否定される賃料に関する特約内容を考慮するのは、論理矛盾を来す。これに対して、二七で指摘したように、三二条は、（将来の改定分を含む）賃料額及び将来の賃料額改定の方法に関する私的自治的決定を、賃借人保護の要請に反しない限りで尊重する構造になっているから、「当初賃料額を決定する際の重要な要素となった事情」や「賃料自動増額特約が付されるに至った事情」は、同条の枠組みの中で考慮できるのである。こうした事情を三二条の適用に際して考慮することは、これまで必ずしも明確ではなかったから、本稿はこれを修正適用説と呼んできたが、本件三判決は、こうした考慮を三二条に読み込む形での、従来の単純適用説とは異なる適用を明確にしたものと解される。したがって、以下では、修正適用とは呼ばず、適用と呼ぶことにする。

(2) 三二条の具体的適用

最高裁の採用した基本枠組みについて、(1)における考察によって得られた理解を前提に、(a)では考慮されるべき事情を、(b)では②判決の示した使用収益開始という要件を、それぞれ検討する。

(a) 三二条の適用に当たって考慮されるべき事情

(ア) まず、考慮されるべき事情全体について検討する。上記(1)(b)の検討は、三二条の適用において考慮されるべき事情がどのようなものであるかを考えるうえでもきわめて重要である。「当事者が賃料額決定の要素とした事情その他諸般の事情を総合的に考慮すべき」だとするイの「その他諸般の事情」を、文字通りあらゆる事情を考慮して良いとの意味に解すれば、それは同条を一般条項化することになり、「損失の公平な分担」という発想と結びついて、当初約定を維持するとすれば業者が被る損失の大きさなどの事情も考慮されることになりかねない⁵⁵⁾。しかし、同条のそのような運用は、もやは「適用」の範疇にはおさまらない。それは同条を適用するとの表現にとどまる最高裁の判断を大きく踏み外すものである。したがって、「その他諸般の事情」は、賃料額そのものの決定を除く賃料に関する特約が付されるに至った事情、すなわち主として賃料自動増額改定特約という賃料改定基準に関する事情に限定して理解するべきである。このような理解は、賃料改定基準に関する合意がなく、もっぱら賃料保証特約という賃料額そのものの決定が問題になった三井不動産販売事件において、③判決の工第三段落末尾が、「当事者が賃料決定の要素とした事情を総合考慮すべき」だとして、「その他諸般の事情」に言及していないことから裏付けられる。

(イ) 次に、①―③判決にほぼ共通する部分で挙げられている事情の性格を検討する。

まずは、本件契約がいわゆるサブリース契約と称されるものであることが挙げられる。判決では、不動産賃貸業等を目的とする賃借人が、土地所有者の建築した建物で転貸事業を行うために締結した契約であること、賃貸期間・当初賃料・賃料改定等について両当事者が協議を調べたこと(①②判決)もしくは業者が一定期間の賃料保証を行ったこと(③判決)、この協議の結果もしくは賃料保証を前提とした收支予測の下に、土地所有者が金融機関から多額の融資を受けてビルを建築するものであること、という契約内容が指摘されている。なお、①②判決では、高額の敷金預託の事実も摘示されている。ここで指摘されている契約の内容は、いずれも、典型的なサブリース契約の特徴として強調されて

きたこと(前掲二8(1)(a)参照)とはほぼ一致する。

次いで、こうした契約は、業者の賃貸事業の一部を構成するものであり、賃料額及び賃料自動増額特約等に係る約定(①②判決)もしくは賃料保証(②判決)は、土地所有者が業者の転貸事業のために多額の資本を投資する前提となったものであり、契約の重要な要素(①②判決)もしくは基礎(③判決)であったことが指摘されている。③判決は、さらに本件契約「それ自身が経済取引である」とみることができるとの一句を加えているが、これは、解約自由論によって規制を要しない取引であることを強調した原判決を批判するための挿入であり、最高裁自身が経済取引であるということから、何らかの結論を引き出そうとするものではないだろう。

最後に、①②判決は、「これらの事情」を、本件契約の当事者が、当初賃料額を決定する際の重要な要素となった事情と性格付け、それらを、賃料減額請求の当否及び相当賃料額の判断の際に、重要な事情として十分に考慮すべきだとする。③判決は、「賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情を総合考慮すべき」だとする。さらに、③判決は、「特に本件契約においては、上記の賃料保証特約の存在や保証賃料額が決定された事情をも考慮すべきである」と付け加えている。③判決は、その直前に、三二条が強行規定的に適用されると判示しており、適用の結果、賃料保証特約はその限りで効力を失うこととなるかもしれない。そこで、賃料保証特約の存在を考慮しえないとの誤解が生じるおそれがあることから、ことさらこのような念押しが付加されたものと解される。

このように、多少の表現の相違はあるものの、①③判決は、まったく同旨と考えてよい。①②判決の「これらの事情」が何を指しているのかは、少々わかりにくいだが、①判決のイの段落の前段と③判決を考慮すれば、具体的には、サブリース契約において賃料に関する約定が持つ格段の重要性を指す。

(ウ) 最後に、①判決のイの段落でのみ指摘されている事情の性格を考察する。

「賃貸借契約の当事者が賃料額決定の要素とした事情その他諸般の事情」として挙げられているのは、i「本件契約

において賃料額が決定されるに至った経緯や賃料自動増額特約が付されるに至った事情」、ii「当該約定賃料額と当時の近傍同種の建物の賃料相場との関係（賃料相場とのかい離の有無、程度等）」、iii業者の「転貸事業における収支予測にかかわる事情（賃料の転貸収入に占める割合の推移の見通しについての当事者の認識等）」、iv土地所有者の「敷金及び銀行借入金の返済の予定にかかわる事情等」である。

①判決が、考慮されるべき事情を「その他諸般の事情」に拡張し、Aの段落で摘示したことと同旨のiを繰り返しているのは、Aの段落で摘示された事情が、考慮されるべき事情の制限的列挙ではなく、例示であることを明示し、さらに例を追加して、方向性を示すためであると思われる。②③判決にこれに相当する部分が繰り返されなかった理由は明確ではないが、センチューリータワー事件にしか妥当しない理由は見いだせないから、ここで挙げられているii～ivの事情は、一般的に考慮すべきものと考えられる。

iiは、約定賃料額と契約当時の賃料相場との関係を指示している点で、増減額請求時の賃料相場との関係を明記している三二条の文言からは出てこないものである。これが考慮されるべきなのは、民法や借地借家法が当初賃料額の決定を当事者の契約に委ねている趣旨から当然である。具体的には、当初賃料が賃料相場から相当乖離していても何の問題もなく、そうした賃料額を合意した理由が増減額請求を行った時点で失われていなければ、その時点での賃料相場との乖離が存続したり、予想される範囲で拡大した程度であれば、不相当性要件は充たされないと。仮に充たされるとしても、相場賃料額がそのまま相当賃料額となるものではない。

iiiは、増減額請求が行われた時点での業者の転貸事業における収支ではなく、その予測に関わる事情である。予測の主体は業者だけではなく両当事者、予測の意味は賃料の転貸収入に占める割合の見通しについての認識、予測の基準時点は契約締結時である。したがって、iiは、賃料に関する特約が行われた背景事情を考慮せよという枠組みを、業者側の事情につき例示したものである。契約締結以後の事情そのものについて諸般の事情の中に取り込むものではあ

りえない。具体的には、賃料相場の上昇を期待して転貸事業による収益が十分成り立つことを両当事者が予測して賃料に関する約定を行っている以上、期待が外れても、予測自体が最初から成り立たない不合理なものでない限り、両当事者による賃料に関する約定が尊重されて、不相当性要件は充たされないことになる。このような読み方は、三二条の構造理解にも合致している。たしかに、予測の対象を賃料相場の上昇として、予測が外れば約定の拘束力が及ばず、不相当性要件が充たされるとする読み方も文理上はありえないわけではない。しかしながら、上昇・下降表裏一体の賃料相場変動リスクの一方のみについて予測を問題とするのは、契約によるリスク配分の原理を誤解しているうえ(二六(c)第一・第二)、賃貸人との合意の際の両当事者の予測ではなく業者の一方的な予測を考慮する点で最高裁の摘示とは矛盾し、さらに、三二条に何らの手がかりを見出すこともできない。

ivは、まさしくサブリース契約における約束の格段の重みを明確に示す賃貸人側の事情の例示である。このような事情が存在すれば、賃料保証特約や賃料自動増額改定特約は、通常の賃貸借契約においてそれらが用いられた場合とは決定的に異なる格段の重みを持ち、賃料相場が大きく変動しても、不相当性要件は充たされないことになる。

(エ) まとめておこう。以上見てきたように、最高裁が考慮されるべき事情として挙げるのは、すべて賃料に関する約定を行った背景事情であり、こうした背景事情の考慮は、私の見解からすれば、まさしく合意によって賃料相場変動のリスクを引き受けたかどうかを判定していることにほかならない。そして、考慮されるべき事情の具体的な例示による方向付けがなされたことよって、三二条を適用したうえで、不相当性要件が充たされないという理由で賃料減額請求を結論的には否定する道は、むしろ大きく開かれたことになる。(1)(b)(ウ)で、最高裁が適用否定説の志向する解決にかなり近い結論を導ける論理構造を採用したと評したのは、この点でも基礎づけられる。

私のような読み方に反対する者は、いずれの判決も三二条の強行規定性を最初に明示していることや、③判決が、サブリース契約の特徴や賃料保証の重みなどの事情も、「本件契約に借地借家法三二条が適用されないとする特段の事情

ということではできない」(エの第三段落)とすることを引き合いに出すだろう。しかし、三二条の強行規定性の強調は、すでに指摘したように、サブリース契約の問題をこの条文の適用という枠組みで処理するという方針の提示であり、③判決が否定したのも、三二条が最初から適用されないとする適用否定説の論理にすぎない。

(b) 使用収益開始要件等

②判決は、まず、使用収益開始前には三二条は適用される余地がないとの一般論を示し(ウの第一段落)、使用収益前になされた第一次減額請求を否定した(ウの第二・第三段落前半)。次いで、第二次減額請求の当否及びこれによる相当賃料額は、第一次減額請求による賃料の減額の帰趨を前提として判断すべきだとの一般論を示し、第一次減額請求が認められることを前提として肯定された第二次減額請求について、審理のやり直しを命じた(ウの第三段落後半)。

増減額請求権の行使の要件として使用収益開始が必要だという議論は、これまでにはなく、判示が結論を示すのみなので、その根拠は不明である。増額請求権の行使を最低限一年間据え置くというドイツの法制との類似性を指摘する見解もあるが、②判決も①③判決同様、第二次減額請求の当否をも考慮すべきだと指示しており、第一次請求から一年半後の第二次請求を最高裁が認めたことを前提とする指摘は的を射ていない。賃料増減額請求権は、現実が発生する賃料請求権の内容を形成的に変更するものであるから、引渡日の翌日を始期として賃貸借契約の効力を生じる本件契約の場合には、引渡し前の減額請求は、変更すべき対象を欠いて空振りに終わったということかもしれない。しかし、業者が主張していたのは、引渡後の三月分以降の賃料の減額であり、減額請求自体が始期付だったともみうるし、減額請求は引渡しよりわずか一ヶ月弱早かったにすぎないことから、減額請求の効果を一切認めないというのは硬直的といえなくもない。業者が第二次減額請求を行っていないからと、形式的理由で実質的な不公平を長い間にわたって考慮しないということになるからである。実質的理由を模索すると、本件で減額請求を認めれば、業者が一度も賃料支払約束を履行しなかったことになるという事態が、サブリース契約における賃料に関する約定の格段の重みを指摘する最高裁

の基本的な発想から、きわめて消極的に評価されたからではないか、とも考えられる。

第二次減額請求に関する破棄差戻しの結論も、意外に大きな意味を持つ。原審^四は、約定賃料と鑑定の結果による市場賃料との差額を、諸般の事情を考慮して、業者と賃貸人に二対一で按分する形で、相当賃料額を定めた。ここでは、第一次と第二次の減額請求は関連づけることなく同様に判断されており、第一次減額請求による減額幅を小さく抑える代わりに第二次減額請求による減額幅を大きくしたというような事情は見られない。最高裁は、第一次減額請求の帰趨を前提として第二次減額請求を判断せよと指示しているが、第一次減額請求が認められないのであれば、第二次減額請求が認められる場合の減額幅は、より大きくなるというのが常識的な判断であろう。最高裁が、もし減額請求を認めただえで原判決の減額処理の方法を是認するのであれば、業者が原判決に不服を申し立てていない以上、原判決で確認された賃料額をそのまま認めて、第二次減額請求にかかる土地所有者の上告を棄却するのが筋である（民訴三〇四条・三二三条）。しかし、最高裁が是認している原審の判断は、「本件契約の中心部分である本件賃貸部分の使用関係の法的性格は賃貸借契約であって、本件契約に借地借家法が適用されることは明らかであり、本件契約締結時の基礎となっていた経済事情が著しく変動し、本件賃貸部分の賃料が不当に高額になるなどの特段の事情がある場合には、賃料自動増額特約等が存しても、Xは、「借地借家法」三三一条一項の規定に基づき、賃料減額請求権を行使することができる」という部分と、Aの部分の趣旨をいう限度にとどまる。明示的に指摘されてはいないが、サブリース特有の事情を考慮したとはいえ、約定賃料額と相場賃料額の単純な比較を出発点とした判断自体が、是認されていないことになる。したがって、差戻審では、最高裁の指示する考慮されるべき事情の評価次第で、減額幅がさらに圧縮されたり、およそ減額請求権自体が認められないという結論が出る余地がある。最高裁が、「第二次減額請求の当否」と、あえて減額請求権が否定される場合をも含めたことが、非常に大きな重みを持つてくるのである。

^④ 最一小判平成二十二年三月二十五日判時一六七四号六、頁は、賃貸建物の新旧所有者が賃貸人の地位を旧所有者に留保する旨を合意したとしても、こ

れをもって直ちに賃貸人の地位の新所有者への移転を妨げるべき特段の事情があるとはいえない、と判示したが、この判決における藤井正雄裁判官の反対意見は、「転賃を目的とする一括賃貸借」を原審がサブリース契約と呼んでいると指摘したうえで、自らも同じ意味でサブリース契約という言葉を使っている。二八(1)(c)の第二で詳しく紹介した前掲第一小判平成一四年三月二十八日は、サブリース契約という言葉を使用していない。

⑤④ 清水俊彦「転賃目的の事業用建物賃貸借と借地借家法三二条(下)」NBL七七七号五〇頁(二〇〇四年)。

⑤① 清水・前注評釈(上) NBL七七七号四三頁注26(二〇〇三年)。なお、同論文注27は、適用否定説は三二条を強行規定でないと解することくである旨と指摘するが、適用否定説は、私を含め、同条が弱小賃借人保護という社会法的趣旨で強行規定であると理解している。さらに私は、本文や二七で詳論したとおり、長期契約である等の理由によって賃料に関するリスク引受けを伴う決定がないか、成立しにくいところでは、当事者の合理的意思と公平という市民法的趣旨でも、同条は強行規定的性格を持つと考える。

⑤② 清水・前掲注⑤①評釈(上) 四一頁、(下) 五一頁、五二頁注41。

⑤③ 二六(c)第四参照。清水・前掲注⑤①評釈(下) 五一頁も、考慮の道筋が明確でなく論理矛盾があるとして、藤田補足意見が清水説のように信義則違反や不法行為法理の援用を認めている点に活路を見出そうとする。しかしながら、法廷意見は、あくまで三二条の枠内での解決を指示している。

⑤④ 小野秀誠「サブリース契約と借地借家法三二条一項(賃料増減額請求権)の適用の有無」金判一一八二号六二頁(二〇〇四年)は、最高裁が三二条の解釈のフリーハンドを確保しようとする傾向が、本件三判決にも強く表れていると評する。

⑤⑤ このような事情を考慮するのが、契約の基本原則からみて、不当であるのは明白である(前掲二六(c)第一―第三)。

⑤⑥ 小野・前掲注⑤④評釈六三―六四頁。

四 おわりに

平成一五年一〇月の三つの最高裁判決は、たしかにサブリース契約に借地借家法三二条が適用されないとする見解を退け、同条を強行規定的に適用して解決を図るという問題処理の枠組みを明確に選択した。しかしながら、これらの判決によって、業者が当然に減額請求ができるという判断が示されたとみるのは、^{⑤⑦} まったくの誤解である。むしろ、最高裁の判断は、三二条の適用に際して賃料に関する約定とそれがなされた背景事情を十分考慮するべきだと判示し、賃料保証特約を軸にした適用否定説の主張を三二条の枠組みの中に取り込む可能性を切り開いたものだと評価すべきである。

差戻審が、この点を正確に理解して、具体的に妥当な結論を導き出すことを期待してやまない。

⑤7 岡内真哉「サブリース契約に関する最高裁判決について」金判二七七号二頁、「サブリース最高裁判決を受けて」金法一六九一号八頁以下の特集に寄せられた浅田隆、近江幸治、岡内真哉、小野兵太郎、長久保隆英、野村豊弘、升永英俊のコメントのうち、近江、岡内、小野の各コメント、清水・前掲注⑤評釈、小野・前掲注⑤評釈は、減額請求が原則として認められると理解するようである。これに対して、升永コメントや升田・前掲注①評釈七〇頁は、賃料減額請求が否定される余地が認められたことを重視する。なお、金山直樹教授のご厚意で、金融・商事判例誌に近々掲載される予定の座談会（西口元、近江幸治、岡内真哉、金山直樹、ト森定、奈良輝久、升永英俊）の内容を拝見することができ、とりわけ本件三判決の理解につき、おおいに参考にさせていただいた。未定稿なので引用はできないが、特に記して感謝の意を述べたい。

（追記） 脱稿後、次の判例批評・解説等に接した。

升永英俊「法の支配(上)(F)」金法一六九六号三九頁、一六九七号二七頁

飯窪光隆「堂園昇平」升田純「山本豊」〈座談会〉サブリース最高裁判決と実務対応(上)(F)」金法一六九七号八頁、一六九八号四六頁

吉田克己「サブリース契約と衡平の原則」銀法六二九号四頁

亀井洋一「サブリース契約における借地借家法三二条一項（賃料増減額請求権）適用の可否」銀法六二九号一〇頁

西本強「①判批」銀法六三〇号一一六頁